cit., pp. 370-371, nota 1; PLANIOL, *Traité élémentaire,* II, cit., p. 285 (« Mais alors le juge est obligé de scruter les consciences, de connaître et de peser les motifs; le côté psychologique devient dominant. Il est à craindre que la législation civile n'entreprenne là une oeuvre au-dessus de ses forces »); JOSSERAND, *De l'esprit des droits,* cit., p. 290; MARKOVITCH, *La théorie de l'abus des droits,* cit., p. 282.

CAPITOLO OTTAVO

CLAUSOLA GENERALE DI RESPONSABILITA' E COSTRUZIONI SCOLASTICHE

SOMMARIO. 1. Insufficienza delle spiegazioni tradizionali. - 2. Clandestinità e oscurità degli illeciti di dolo. Raffronto con i sistemi svizzero, tedesco, austriaco e con la *common law.* - 3. L'equiparazione della colpa grave al dolo. - 4. Figure per le quali si è negata l'ammissibilità dell'azione di danni. - 5. Altre ipotesi. - 6. Discordanze nell'atteggiamento verso il dolo e contrasti in altri settori della responsabilità: ricerca di una spiegazione comune. - 7. Complessità dell'istituto aquiliano e tecniche di regolamentazione. - 8. L'ambiente franco-italiano: rivoluzione industriale, moltiplicarsi dei danni e spinte all'introduzione di un modello schematico di illecito.

1. Esaminate le obiezioni che gli interpreti sogliono muovere all'idea di una rilevanza autonoma della malizia — e sono critiche che, in termini assai simili, ritornano nel *quantum debeatur* — potrà sembrare che sia anche stato assolto ogni compito propostoci all'inizio: che ormai cioè sia stata fatta piena luce circa i motivi per i quali si propugna, nel campo dell'illecito aquiliano, una regola di parità fra colpa e dolo.

A ben riflettere, le cose stanno in termini diversi: ed è sufficiente rammentare quanto eravamo venuti già osservando in precedenza — sulla entità effettiva del rilievo che il dolo aspira a vedersi riconoscere [1] — per accorgersene abbastanza facilmente.

Basta infatti quel semplice richiamo perché, invece di dichiarare concluso il nostro esame, ci si debba al contrario domandare se siano proprio quelle appena viste le autentiche « ragioni » del principio; se sia cioè proprio vero che, muovendo dall'esigenza di garantire la massima protezione alla vittima del danno, non si possa poi che giungere per forza a un traguardo come quello, secondo cui *mai* il dolo potrebbe avere un risalto esclusivo.

S'intende perché la domanda vada posta adesso: in caso affer-

[1] *Retro,* Cap. IV, n. 2.

mativo, ogni sforzo teso a rivendicare al dolo qualche spazio dovrebbe svolgersi come tentativo di confutare le critiche correnti; altrimenti, non solo il tragitto verrebbe ad essere probabilmente diverso, ma si renderebbe già necessario un supplemento d'indagine, per scoprire a quali altri bisogni obbedisca l'enunciazione di quel dogma.

Orbene, diciamo subito che su entrambi questi punti — e cioè sia per quanto concerne la supposta compiutezza della ricerca, come per la necessità o meno di una polemica con gli studiosi — la risposta sembra senz'altro dover essere nel secondo senso.

Certamente, la polemica sarebbe un passaggio obbligato per chi mirasse a sostenere che l'autore volontario di un danno debba *sempre* ricevere un trattamento diverso rispetto al soggetto negligente: per chi pretendesse cioè di rovesciare interamente il dogma dell'equivalenza, sostituendovi un opposto principio di totale indipendenza fra i due titoli; proprio questa è l'eventualità che le osservazioni degli interpreti tendono concordemente a respingere, ed il confronto con esse, per chi inseguisse quel bersaglio generale, costituirebbe un appuntamento inevitabile.

Ben diversa è però la situazione nel caso in cui — mossi dalla semplice constatazione che esistono ipotesi nelle quali il dolo opera diversamente dalla colpa — non si intenda affatto contestare che il ruolo svolto dal primo dei due criteri è destinato a rimanere occasionale; e ci si ponga soltanto il problema di legittimare tali risultati di fronte a un'affermazione che, nel tono con cui è svolta d'abitudine, tende a ignorarli o viene a escluderli del tutto.

Il che appare tanto più vero se si considera come i rilievi sulla necessità di assicurare la più ampia tutela al danneggiato — attraverso una moltiplicazione del numero di lesioni riparabili, e con la garanzia di un risarcimento comprensivo di tutti i capitoli dannosi — siano gli stessi in base ai quali può spiegarsi il risalto accordato alla malizia: e ciò, tanto sul fianco dell'*an respondeatur*, dove risulta come la repressione del dolo non abbia mai inteso sostituirsi a sanzionamenti già disposti per la condotta colposa, ma sia sempre intervenuta a colmare precedenti vuoti di responsabilità; quanto su quello del *quantum respondeatur*, dove s'è visto che la possibilità di perseguire in via autonoma l'*animus nocendi* consente in molti casi di ricomprendere nell'*id quod interest* alcune voci del pregiudizio — quali, ad esempio, danni morali o conseguenze indirette — destinate altrimenti a restare a carico dell'offeso.

Ed è poi decisiva la circostanza del valere tutto ciò anche sul piano soggettivo, dell'essere quello cioè il punto di vista della stessa dottrina: la quale ben mostra di accorgersi, normalmente, in che direzione proceda, e gli interessi di quale parte soddisfi, la repressione del dolo; tant'è che, al banco di prova più significativo, ovvero in sede di commento delle singole figure, raramente essa assume o riconferma l'atteggiamento di ostilità palesato sul terreno generale.

A parte lo spreco di zelo, nel soffermarsi a perorare un dato tanto più spesso confermato che smentito, v'è dunque un'incoerenza nel fatto di giungere da una stessa premessa generale a due conclusioni difficilmente conciliabili tra loro, quali l'assenso per le ipotesi di specie e l'erezione di un dogma che le esclude. E allora, certo, si può anche immaginare che quest'ultimo esca come replica frontale all'eventualità di un'autonomia *in tutti i casi* del dolo, mentre il primo discenderebbe dalla scoperta che, almeno per quel caso, la richiesta della malafede traduce proprio le istanze di partenza; oppure, la contraddizione va forse giustificata con la diversità delle esigenze che giocherebbero nel momento in cui si debbono gettare le fondamenta di un istituto, e in quello in cui, giunti ormai all'incontro con la casistica, l'accentuata esiguità delle eccezioni, rassicurando sulla vitalità della regola, permette di comprenderle e lodarle. In questo modo, però, e le congetture potrebbero ancora ripetersi, non si fa in fondo che mettere l'accento su una generica duplicità di prospettive, su una differenza imprecisata di doveri e libertà che, a seconda delle occasioni, peserebbe sull'attenzione al dolo degli interpreti: si insiste sempre, cioè, su un elemento che può anche darsi sia la chiave di quel contrasto di valutazioni — e in definitiva la ragione della presenza del principio — ma che reclama a sua volta un chiarimento.

Ed è un impegno da cui non ci si può esimere neanche spostando il riferimento che si è assunto, e cioè neppure se, guardando agli studiosi in cui il rifiuto critico del dolo rimane intatto per le singole figure [2], si pretendesse di vedere proprio in questo l'atteggiamento dottrinario prevalente: giacché in tal caso, o comunque per costoro, cadrebbe sì l'accusa di incoerenza, e con essa ogni motivo per pensare a un sovrapporsi di bisogni contingenti; ma resterebbe pur

[2] Ad esempio CESAREO CONSOLO, *Risarcimento del danno*, cit., p. 154 ss. (il quale contesta l'opportunità della limitazione al dolo o alla colpa grave per il caso delle informazioni amichevoli erronee, per quello della denuncia penale o della querela infondata, per certe ipotesi di responsabilità processuale).

sempre da spiegare come mai la conoscenza degli illeciti di dolo — che, pur nell'avversione dimostrata, si rivela tuttavia di possedere — non venga infine fatta rimbalzare sul terreno definitorio, sì da attenuare la perentorietà con cui il principio dell'equivalenza è stato presentato.

2. A questo proposito — e senza che il discorso sin qui svolto debba per ciò venire ritrattato — non si può tuttavia non riconoscere che la tranquilla sicurezza degli interpreti, nel prospettare la nozione dell'irrilevanza del dolo, dipende spesso da un fattore più banale: e cioè da un semplice difetto di notizie sull'esistenza e il numero effettivo degli illeciti repressi a questo titolo.

Talune cause della scarsa informazione sono già state messe in luce sopra, quando s'è detto, ad esempio, delle dispute sulla responsabilità oggettiva, o dello sfasamento ottico dovuto ai « delitti e quasi-delitti »; ma la ragione diretta e principale va ricercata forse più semplicemente nella difficoltà per i nostri autori di accorgersi, soltanto aprendo il codice civile, della presenza di simili figure. Tra il nostro sistema e i vari ordinamenti che adesso verremo ricordando non vi sono alla fine, su questo punto specifico del torto, tutte le differenze che sembrerebbe a prima vista di cogliere: eppure, per gli studiosi di quei diritti è familiare e quasi ovvia l'idea di una diversa disciplina fra i criteri soggettivi di responsabilità: ebbene, la fonte più immediata del diverso modo di pensare — oltre che nella forza di una conforme tradizione — sta proprio nel fatto che la rilevanza della malizia risulta lì con chiarezza nel codice civile, da una serie di disposizioni contenute, per la maggior parte, nelle sezioni dedicate ai fatti illeciti o al risarcimento del danno.

Si pensi, innanzi tutto, al codice svizzero delle obbligazioni, del 1911 [3], il quale, nell'art. 41, dopo aver disposto con il 1° comma che

---

[3] Non interessa invece soffermarci sull'art. 2 del Codice civile svizzero del 1907, ove, dopo essersi disposto che « ognuno è tenuto ad agire secondo la buona fede così nell'esercizio dei propri diritti come nell'adempimento », si stabilisce che « il manifesto abuso del proprio diritto non è protetto dalla legge »: ad integrare la figura dell'abuso, secondo un'interpretazione unanime — CURTI-FERRER, *Il codice civile svizzero annotato*, Bellinzona, 1911, pp. 12-13; TRÜB, *Der Rechtsmissbrauch im modernen Recht*, Bern, 1909, p. 127; v. TUHR, *Partie générale*, I, cit., p. 332; si vedano anche M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, cit., p. 308; BIENENFELD, *Die Haftungen ohne Verschulden*, cit., p. 73; FUNK, *Handkommentar*, cit., p. 39; GUHL, *Das Schweizerische Obligationen-*

« chiunque è tenuto a riparare il danno illecitamente cagionato ad altri sia con intenzione, sia per negligenza od imprudenza », aggiunge nel 2° comma che « parimenti chiunque è tenuto a riparare il danno che cagiona intenzionalmente ad altri con atti contrari ai buoni costumi » [4]; e accanto ad esso si potrebbe rammentare l'art. 43, il quale sancisce che il modo e la misura del risarcimento siano determinati dal giudice con equo apprezzamento delle circostanze « e della gravità della colpa » [5]; l'art. 44, dove è previsto che il giudice possa ridurre

---

recht, cit., p. 156; STAUDINGER (-COING), *Kommentar*, cit., pp. 1184-1188 — può essere, infatti, anche un comportamento tenuto senza alcuna intenzione o consapevolezza di nuocere, e tuttavia in contrasto con i principi della buona fede obiettiva.

[4] Disposizione tanto più significativa, se si tiene presente la conclusione di chi osserva che « il danno causato per negligenza non è generalmente considerato quale attentato ai buoni costumi » (v. TUHR, *Partie générale*, I, cit., p. 331, nota 6). Sulla nozione di *Absicht* — ma avvertendo che i risultati sono simili a quelli raggiunti dagli interpreti tedeschi — si vedano in particolare GUHL, *op. cit.*, p. 78; REICHWEIN, *Über die Schuld im Recht*, cit., p. 43 s.; BECKER, *Obligationenrecht*, I, cit., p. 226; ancora v. TUHR, *op. cit.*, p. 339 ss.; Alfred KELLER, *Haftpflicht im Privatrecht*, cit., p. 71; OFTINGER, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, cit., p. 124. Anche qui, come per il § 826 BGB, si richiede che il danno abbia formato oggetto della volontà dell'agente (FUNK, *op. cit.*, pp. 39-40). Sul concetto di *Sittenwidrigkeit*, d'altra parte, BECKER, *op. cit.*, p. 92 ss.; e, con ampiezza, THOMMEN, *Beitrag zur Lehre vom Begriff der Guten Sitten im schweizerischen Privatrecht*, Winterthur, 1954, p. 52 ss. Di spiccato rilievo — tra le applicazioni che il principio ha ricevuto — appaiono le ipotesi dell'incitamento alla rottura di un contratto, dell'omissione di un avvertimento che avrebbe evitato un danno ad un terzo, dell'elargizione non richiesta di un cattivo consiglio, del rifiuto di stipulare un contratto relativo ad una prestazione d'importanza vitale. Un ricco specchio giurisprudenziale in DAEPPEN, *Bundesgerichtspraxis zum Obligationenrecht*, Zürich, 1936, p. 88 ss.; più sinteticamente, BECKER, *op. cit.*, pp. 232-233; ma si veda anche HEDEMANN, *Sittenwidrige Schädigung der Kartelle durch Gründung eines Aussenwerks*, cit., p. 37 ss.

Sempre restando nell'*an respondeatur*, può segnalarsi inoltre il limite del dolo o della *culpa latissima* di cui beneficiano alcune categorie di funzionari pubblici (GUHL, *op. cit.*, p. 156; v. BÜREN, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 292, nota 613), nonché — in materia di infortuni sul lavoro, dove opera un regime di previdenza assicurativa — l'infortunato stesso, l'imprenditore, i famigliari di entrambi, gli impiegati ed operai (GUHL, *op. cit.*, p. 158; cfr. pure OFTINGER, *op. cit.*, p. 236, nota 10).

[5] Principio propugnato da BLUNTSCHLI, *Privatrechtliches Gesetzbuch*, Zürich, III, 1855, § 999 e HUGUENIN, *Von der zivilrechtlichen Haftung aus der Verletzung immaterieller Rechtsgüter*, cit., e difeso da v. TUHR, *op. cit.*, I, pp. 87-88, il quale osserva che « se si considera che il risarcimento dipende

l'ammontare del risarcimento dovuto, oltreché nei casi di consenso dell'avente diritto o di concorso della vittima nella produzione del danno, anche per il motivo che « la prestazione dello stesso ridurrebbe al bisogno la persona responsabile », ma ciò soltanto quando costei non abbia « cagionato il danno intenzionalmente o con colpa grave » [6]; e infine l'art. 49, ove si dispone che colui che « è pregiudicato nelle sue relazioni personali », oltre al risarcimento del danno, può domandare « quando la speciale gravità dell'offesa o della colpa lo giustifichi, anche il pagamento di una somma a titolo di riparazione » [7].

---

interamente da una colpa dell'autore dell'atto e che, se questa colpa non esiste, il danneggiato deve sopportare lui stesso il danno; se si considera poi che l'obbligo di risarcire agisce sull'autore dell'atto come una pena, poiché diminuisce il suo patrimonio, e lo colpisce talora più duramente di una pena; se si considera infine il limite incerto tra negligenza lieve e assenza di colpa, nonché la difficoltà di fissare i limiti del rapporto adeguato di causalità, sembra in effetti equo che il giudice possa trattare con più indulgenza chi ha causato il danno per negligenza rispetto a colui che l'ha causato intenzionalmente ». Analogamente, BECKER, *Obligationenrecht*, cit., p. 240; Alfr. KELLER, *Haftpflicht im Privatrecht*, cit., pp. 93-94. Sulla regola per cui il dolo importa sempre l'obbligo del risarcimento integrale, v. BÜREN, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 58, nota 76, ove richiami di giurisprudenza; FUNK, *Handkommentar*, cit., p. 42. Si vedano ancora GUHL, *Untersuchungen über die Haftpflicht aus unerlaubter Handlung nach schweizerischem Obligationenrecht*, Bern, 1904, p. 8 ss.; ID., *Das Schweizerische Obligationenrecht*, cit., p. 79; OFTINGER, *op. cit.*, p. 235; DAEPPEN, *op. cit.*, p. 93 ss.

Lo stesso criterio — gravità della colpa — torna poi ad esser proposto per la ripartizione del carico risarcitorio fra più corresponsabili (v. TUHR, *op. cit.*, I, p. 366; BECKER, *op. cit.*, p. 280).

[6] v. TUHR, *op. cit.*, I, pp. 88-89; BECKER, *op. cit.*, pp. 246-247; GUHL, *op. cit.*, p. 80; FUNK, *op. cit.*, p. 44; Hermann LANGE, *Begrenzung der Haftung*, cit., p. 32; Hans STOLL, *Die Reduktionsklausel*, cit., p. 498. Richiami di giurisprudenza in v. BÜREN, *op. cit.*, p. 63; DAEPPEN, *op. cit.*, p. 97 ss.; OFTINGER, *op. cit.*, p. 242, nota 40; da ultimo, CUENDET, *La faute contractuelle et ses effets*, Berne, 1970, p. 246, nota 1573.

[7] GUHL, *op. cit.*, p. 69; v. TUHR, *op. cit.*, I, p. 354 (il quale ritiene applicabile la norma anche all'ipotesi di responsabilità per fatto altrui, e sottolinea come un'indennità a titolo di riparazione morale, per il caso di danno cagionato dal sottoposto, debba esser corrisposta — dall'imprenditore — tanto se una colpa particolarmente grave è stata commessa dal committente quanto se tale colpa sia ravvisabile nel comportamento del dipendente; diversamente, peraltro, OFTINGER, *op. cit.*, p. 236); MELCHIORRE, *La risarcibilità del danno morale puro*, cit., p. 36 ss. e p. 41 (che riporta una decisione — T. F., 58, II, 140 — in cui si è stabilito che la speciale riparazione non possa esser

Si pensi inoltre, per venire al sistema tedesco, al § 826 del B.G.B. [8], che ha ispirato direttamente l'art. 41, 2° comma, del codice

---

concessa quando, pur essendo stata grave l'offesa, non sia stata grave la colpa); DAEPPEN, *op. cit.*, p. 120 ss.; FUNK, *op. cit.*, p. 48; BECKER, *op. cit.*, p. 272 ss. (ove una classificazione dei diversi interessi la cui lesione legittima una *Genugtuungsanspruch*); RÖTELMANN, *Nichtvermögensschaden und Persönlichkeitsrechte nach schweizerischem Recht*, cit., p. 400 s.

[8] Per un confronto tra le formule dei vari progetti preparatori, in relazione a questa disposizione, si veda *retro*, Cap. VII, nota 33. Ulteriori ragguagli in v. LISZT, *Deliktsobligationen*, cit., p. 42; MATAJA, *Das Schadensersatzrecht*, cit., p. 270; JACUBEZKY, *Zur Frage*, cit., p. 591 ss.; ROTONDI, *L'abuso del diritto*, cit., p. 299 ss. Recentemente, LÖWISCH, *Der Deliktsschutz relativer Rechte*, Berlin, 1970, p. 135; F. RANIERI, *Norma scritta e prassi giudiziale*, cit., p. 1219 ss.

Il discorso sul § 826 viene affrontato d'abitudine congiuntamente al § 823; e l'affermazione della necessità di una clausola come la prima in un sistema ad illeciti tipici, è diventata frequentissima. Cfr. già CROME, *System*, II, cit., p. 1040, nota 1; GOLDMANN v. LILIENTHAL, *Das Bürgerliche Gesetzbuch systematisch dargestellt*, 2ª ed., Berlin, I, 1903, p. 889; HEDEMANN, *Sittenwidrige Schädigung der Kartelle*, cit., p. 39; SCHULZ-SCHAEFFER, *Das Subjektive Recht*, cit., p. 46; Otto v. GIERKE, *Schuldrecht*, cit., p. 897. Successivamente, RABEL, *Le vicende*, II, cit., p. 465; STOLL-FELGENTRAEGER, *Vertrag und Unrecht*, cit., p. 212; LARENZ, *Besonderer Teil*, cit., p. 328 e p. 344; LORENZ, *Fortschritte der Schuldrechtsdogmatik*, in *JZ*, 1961, p. 435; DEUTSCH, *Entwickung und Entwicklungsfunktion*, cit., p. 389; MOLITOR, *Besonderer Teil*, cit., p. 191. Ancor oggi, MERTENS, *Der Begriff des Vermögensschadens*, cit., p. 100; SOERGEL (-KNOPP), *op. cit.*, § 826, Bem. 1. Si vedano inoltre STEINBACH, *Die Moral als Schranke des Rechtserwerbs und der Rechtsausübung*, Wien, 1898, p. 84 ss.; UNGER, *Über die Haftung des Staates für Verzugs- und Vergütungszinsen*, cit., p. 112 ss.; KOHLER, *Schuldrecht*, cit., p. 533 ss.; SPERL, *Über das Schadensersatz nach dem deutschem BGB*, Wien, 1902, p. 10 ss.; EHRENZWEIG, *Die Schuldhaftung*, cit., p. 72 ss.; ENGISCH, *Introduzione*, cit., p. 195; MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg*, cit., p. 109.

Non era mancata, soprattutto all'inizio, qualche confessione di timore per l'eccessivo potere che la norma conferiva al giudice (v. LISZT, *Deliktsobligationen*, cit., p. 6 e p. 43), o per gli stretti rapporti ch'essa istituiva fra diritto e morale (BÄHR, *Gegentwurf*, cit., p. 164 ss.; ancora v. LISZT, *op. ult. cit.*, p. 72 ss., qui sul problema dell'omissione; v. pure E. FREUND, *The new german civil code*, in *Harv. law rev.*, 1899-1900, p. 627 ss., 631), sicché taluno ne aveva proposto un'interpretazione restrittiva (ad esempio, LANDSBERG, *Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs*, Berlin, 1904, p. 559). Cfr. però il giudizio positivo — fondato su un bilancio dell'esperienza dei tribunali — di HEDEMANN, *Sittenwidrige Schädigung*, cit., p. 36 ss.; ID., *Die Flucht in die Generalklauseln*, cit., p. 6; ID., *Schuldrecht*, cit., p. 346 e p. 362 (« ... eine warhaft 'Königliche' Regel... »); oppure TITZE, *Recht der Schuldverhältnisse*, cit., p. 213; recentemente, WEITNAUER, *Remarques*, cit., p. 809.

Abbastanza corrente è poi il rilievo circa la derivazione di questa norma dall'*actio doli generalis* del diritto comune: per tutti, Jacobi, *Recht, Sitte und Sittlichkeit*, in *Jhering's Jahrbücher*, 1900, p. 95; Bruns-Eck-Mitteis, *Das Pandektenrecht, Zivilrecht* (II), 3, cit., p. 393; Kuhlenbeck, *Das Bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze*, Berlin, I, 1899, p. 576; Dernburg, *Pandette*, II, cit., p. 595, nota 11; Id., *Das bürgerliche Recht*, II, 2, cit., p. 799; Kohler, *op. cit.*, p. 534; Enneccerus-Kipp-Wolff, *Recht der Schuldverhältnisse*, cit., p. 654, nota 1; Otto v. Gierke, *op. loc. ult. cit.*; Heck, *Grundriss*, cit., p. 452; Stoll-Felgentraeger, *Vertrag und Unrecht*, loc. ult. cit.; Goetze, *Die Vermögens-Beschädigung*, cit., p. 14; Enneccerus-Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, cit., p. 897, nota 1; Lawson, *Negligence in the civil law*, cit., p. 31; Löwisch, *Der Deliktsschutz relativer Rechte*, cit., p. 135; Kaser, *Der römische Anteil am deutschen bürgerlichen Recht*, cit., p. 341. Per qualche precisazione sulla diversità di struttura e compiti dei due rimedi, si veda ad ogni modo Darboven, *Die « actio doli » im römischen und gemeinen Recht und ihr Verhältnis zu den Vorschriften des BGB f. d. D. R.*, Hamburg, 1901, p. 59.

Sulla nozione di *Sittenwidrigkeit*, è pressoché unanime la conclusione circa la necessità di valutarla facendo capo ad un parametro generale, più esattamente — secondo quanto la giurisprudenza afferma ormai da molti decenni — alla stregua del c. d. « Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden »: così, tra gli altri, Sperl, *op. cit.*, p. 9 ss.; Dernburg, *Das bürg. Recht*, II, 2, cit., p. 800, testo e nota 10; Oertmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, cit., p. 1076; Siber, *Schuldrecht*, cit., p. 455; Enneccerus-Kipp-Wolff, *op. cit.*, p. 655; Nipperdey, *Kontrahierungszwang*, cit., p. 58 ss.; Leonhard, *Besonderes Schuldrecht*, cit., p. 578; Kress, *Lehrbuch des besonderen Schuldrechts*, cit., p. 311; Larenz, *Vertrag und Unrecht*, II, cit., p. 42; Id., *Lehrbuch des Schuldrechts*, cit., II, p. 345; Enneccerus-Lehmann, *op. cit.*, p. 898 ss.; Hedemann, *Schuldrecht*, cit., p. 364; Rudolf Schmidt, *Bürgerliches Recht*, II, cit., p. 170; Deutsch, *Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt*, cit., p. 149; Molitor, *op. ult. cit.*, p. 192. Da ultimi, Helle, *Der Schütz der persönlichen Ehre*, cit., p. 65; Krasser, *Der Schutz vertraglicher Rechte gegen Eingriffe Dritter*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1971, p. 261 ss. Cfr. anche Esser, *Schuldrecht*, II, cit., p. 410 s., secondo cui la *Sittenwidrigkeit* dovrà sussistere proprio nei confronti di quel certo danneggiato; *contra*, su questo punto, J. G. Wolf, *Der Normzweck im Deliktsrecht*, Göttingen, 1962, p. 18. Sottolineano il contenuto politico del criterio in discussione, Bley, *op. cit.*, p. 31 ss.; Görner, *op. cit.*, p. 518 ss. Per uno spoglio analitico delle singole applicazioni, Coing, *Allgemeine Rechtsgrundsätze in der Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Begriff der « guten Sitten »*, in *Neue Jurist. Wochenschr.*, 1947-48, p. 212 ss.; ed ora, Soergel (-Knopp), *op. cit.*, § 826, Bem. 4 ss. Qualche altro rilievo generale in H. A. Fischer, *Die Rechtswidrigkeit*, cit., p. 70 ss.; Hamburger, *Treu und Glauben im Verkehr*, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1930, p. 16 ss.; Geiler, *Die Konkretisierung des Rechtsgebots der guten Sitten im modernen Wirtschaftsrecht*, in *Festgabe A. Pinner* (Berlin-Leipzig, 1932), ripubblicato in *Beiträge zum modernen Recht*, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1933, p. 65 ss.; Rosenthal, *op. cit.*, II, p. 219; Bienenfeld, *op. cit.*, p. 77; Engisch, *Introduzione*, cit., p. 44; Leisner, *Grundrechte und Privatrecht*, München u. Berlin, 1960, p. 226 ss.; Horn, *Untersuchungen*, cit., p. 149 ss.; Steindorff, *Die guten Sitten als Freiheitsbeschränkung*, nel vol. *Summum ius summa iniuria*, cit., p. 58 ss.; da ultimo, Schricker, *Gesetzesverletzung und Sittenverstoss*, cit., p. 185 ss.

Circa il rapporto tra *Sittenwidrigkeit* e *Rechtswidrigkeit* — e sottolineando di solito come la prima realizzi sempre la seconda, e come l'equazione sia d'altra parte irreversibile — Biermann, *Bürgerliches Recht*, I, cit., p. 342, nota 13; H. A. Fischer, *op. cit.*, p. 140; Enneccerus-Lehmann, *op. cit.*, § 236; Niese, *Die moderne Strafrechtsdogmatik*, cit., p. 465; Deutsch, *Entwicklung und Entwicklungsfunktion*, cit., p. 389; Münzberg, *op. cit.*, p. 108; Soergel (-Knopp), *op. cit.*, § 826, Bem. 35, p. 986. Diversamente, soprattutto Oertmann, *op. cit.*, § 826, Bem. 1 s.

Sul significato di *Vorsatz*, *retro*, Cap. V, note 25 e 26: oppure, Enneccerus-Lehmann, *op. cit.*, p. 898; Deutsch, *Fahrlässigkeit*, cit., p. 147 ss.; Horn, *op. cit.*, p. 65 ss.; Löwisch, *op. cit.*, p. 137; Münzberg, *op. cit.*, p. 284 ss.; Esser, *Schuldrecht*, I, cit., p. 239 ss. Nella letteratura più antica, Heusler, *Institutionen*, cit., p. 263; Regelsberger, *Pandekten*, I, cit., p. 647 ss.

Sul rapporto fra il § 826 e il § 226, sottolineando la maggior ampiezza del primo e la possibilità del risarcimento, anche in caso di esercizio del diritto, quando sussistano gli estremi del § 826, si vedano già Steinbach, *Die Moral*, cit., p. 84; Linckelmann, *Die Bedeutung gesetzlicher Zwangspflichten*, cit., p. 84; Zitelmann, *Ausschluss der Widerrechtlichkeit*, cit., p. 28; Kuhlenbeck, *op. ult. cit.*, p. 152 e p. 576; Biermann, *op. cit.*, p. 341; Dernburg, *Das bürg. Recht*, II, 2, cit., p. 800; H. A. Fischer, *op. cit.*, pp. 140-147; Oertmann, *Zur Struktur der subjektiven Privatrechte*, cit., p. 129 ss. In seguito, con accenti analoghi, Siber, *Schuldrecht*, cit., p. 457; Otto v. Gierke, *op. cit.*, p. 898, nota 61; Hamburger, *op. cit.*, p. 16 ss.; Kress, *op. cit.*, p. 313; Bienenfeld, *op. cit.*, p. 472; Siebert, *Vom Wesen des Rechtsmissbrauchs*, nel volume *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlin, 1935, p. 189 ss., 191 ss.; Wieacker, *Zur rechtstheorischen Präzisierung des § 242 BGB*, Tübingen, 1956, p. 12 ss.; Titze, *op. cit.*, p. 213; Larenz, *Besonderer Teil*, cit., p. 346; Lehmann, *Allgemeiner Teil*, cit., pp. 99-100. Tra le opere più recenti, Leisner, *Grundrechte und Privatrecht*, cit., p. 235 ss.; Lawson, *Negligence*, cit., p. 17; Staudinger (-Coing), *op. cit.*, p. 1184; Soergel (-Knopp), *op. cit.*, § 826, Bem. 83-84; Esser, *Schuldrecht*, II, cit., p. 410.

Sul rapporto fra § 826 e § 242 (*Treu und Glauben*), per tutti Siebert, *Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung*, Marburg, 1934, p. 55 ss.; Heck, *op. cit.*, p. 452; Hedemann, *Die Flucht*, cit., p. 7 ss.; Enneccerus-Lehmann, *op. cit.*, p. 897; Wieacker, *op. cit.*, *passim*; Niese, *op. ult. cit.*, p. 465; F. Schmidt, *The german abstract approach to law*, in *Scand. stud. in law*, 1965, p. 131 ss., 151; E. E. Hirsch, *Einführung*, cit., p. 51; Fikentscher, *Schuldrecht*, cit., p. 578. Da noi, M. Rotondi, *L'abuso del diritto*, cit., p. 303.

Su quello tra § 826 e § 138 (invalidità del contratto *contra bonos mores*) H. A. Fischer, *op. cit.*, p. 157 ss.; Rabel, *Le vicende*, I, cit., p. 423; Hedemann, *Schuldrecht*, cit., p. 22; Bindserl, *Die Absichtsanfechtung ausser-*

halb und innerhalb des Konkurses im Verhältnis zu den §§ 138, I, 823, 826 BGB, Heidelberg, 1965; SOERGEL (-KNOPP), *op. cit.*, § 826, Bem. 82; GOLDBERSEN, *Das Verhältnis der §§ 138, Abs. 1, 826 zu den Vorschriften über die Gläubigeranfechtung innerhalb und ausserhalb des Konkurses*, Göttingen, 1968; MEDICUS, *Bürgerliches Recht*, cit., p. 257.

Su quello tra § 826 e § 1 UWG (clausola della concorrenza sleale), HEDEMANN, *Schuldrecht*, cit., p. 20 ss.; DEUTSCH, *Entwicklung*, cit., p. 387 ss.; KOENIG, *Schutz der Preisbindung gegen Unterbietung durch Aussenseiter*, in *Jurist. Schul.*, 1965, p. 384 ss., 389; SOERGEL (-KNOPP), *op. cit.*, § 826, Bem. 87; SCHRICKER, *op. cit.*, p. 92 ss.; Manfred WOLF, *Der Ersatzberechtigte bei Tatbestände sittenwidriger Schädigung*, cit., p. 709 ss.; SACH, in *N. J. W.*, 1975, cit., p. 1304 s. Da noi, SANTINI, *La vendita a prezzo imposto*, cit., p. 1076, nota 1.

Non è possibile dar conto di tutte le ipotesi di responsabilità che la giurisprudenza è venuta introducendo nell'applicazione progressiva di questa norma, e che toccano gli atti di concorrenza sleale (denigrazione, boicottaggio, parassitismo, storno dei dipendenti), il rifiuto a contrarre, alcune forme di sciopero, certi comportamenti degli amministratori di società, gli illeciti familiari, le frodi in danno dei creditori, le denunce infondate, certi torti degli impiegati, la falsità che comporta l'interdizione di taluno, le informazioni menzognere o quelle anche vere ma maligne, la *Chikane*, l'abuso di una posizione monopolistica o del processo o di un diritto assoluto, l'istigazione all'inadempimento o al suicidio, il pregiudizio del credito, i rapporti di vicinato, l'irretimento di un bambino, il sabotaggio, il contegno degli agenti provocatori, e altre ancora. In generale, fra i primi rendiconti, OERTMANN, *op. cit.*, p. 1077 ss.; BURCHARD, *Allgemeiner Teil und Recht der Schuldverhältnisse*, cit., pp. 162-163; HEDEMANN, in *J. J.*, 1913, cit., p. 39 ss.; ID., *Die Flucht*, cit., p. 7 ss. e p. 24; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, *op. cit.*, p. 657 ss.; SIBER, *Schuldrecht*, cit., pp. 455-457; Otto v. GIERKE, *Schuldrecht*, cit., p. 897, nota 58; LEONHARD, *Bes. Schuldr.*, cit., p. 579 ss. E successivamente, STOLL-FELGENTRAEGER, *op. cit.*, p. 213; ENNECCERUS-LEHMANN, *op. cit.*, p. 900 ss.; ancora HEDEMANN, *Schuldrecht*, cit., p. 363; BOCK, *Die Grenzen der Superlativreklame*, Köln, 1963, p. 7; v. GAM, *Persönlichkeits- und Ehreverletzungen durch Massenmedien*, München, 1969, p. 28 e p. 37; v. CAEMMERER, *Wandlungen des Deliktsrechts*, cit., pp. 474-475, 478, 493, 507, 527-528. Particolarmente ampie le rassegne di PLANCK -(FLAD), *Kommentar*, cit., II, 2, p. 1763 ss.; SOERGEL (-LINDENMAIER), *op. cit.*, p. 676 ss.; PALANDT (-GRAMM), *op. cit.*, p. 697 ss.; ERMANN (-DREES), *op. cit.*, p. 1752 ss.; SOERGEL (-KNOPP), *op. cit.*, § 826, Bem. 96-232.

Per qualche profilo particolare, NIPPERDEY, *Kontrahierungszwang*, cit., p. 61 ss.; O. C. FISCHER, *Die Verletzung des Gläubigerrechts*, cit., p. 103; RABEL, *op. ult. cit.*, II, p. 466; SCHNEIDER, *Über die Haftung des Verkäufers bei arglistiger Täuschung über Sachmängel*, in *Arch. für Bürg. Recht*, 1913, p. 1 ss.; COING, *Zur Entwicklung des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes*, cit., p. 559; LARENZ, *Das « allgemeine Persönlichkeitsrecht »*, cit., p. 523 ss.; G. BOEHMER, *Zum Verhältnis zwischen § 1593 und § 826 BGB*, in *Jurist. Zeitung*, 1962, p. 731 ss.; ZEISS, *Restitutionsklage und Klage aus § 826 BGB*, in *Jurist. Schul.*, 1969, p. 362 ss.; HELLE, *op. cit.*, p. 66 ss.; GAUL, *Materielle Rechtskraft, Vollstreckungsabwehr und zivilrechtliche Ausgleichsansprüche*, in *Jurist. Schul.*, 1962, p. 1 ss.; HOPT, *Schadensersatz aus unberechtigter Verfahrenseinleitung*, cit., p. 294 ss.; BAUMGAERTLER e SCHERF, *Ist die Rechtsprechung zur Durchbrechung der Rechtskraft nach § 826 BGB weiterhin vertretbar?*, in *Juristen Zeitung*, 1970, p. 316 ss.; WUNDERLICH, in *MDR*, 1975, cit., p. 105; WILLOWEIT, *Deliktsrechtlicher Eigentumsschutz bei Vereitelung eines Grundstücksverkaufs?*, in *N. J. W.*, 1975, p. 1190 ss., 1193. Da noi, recentemente, MONTUSCHI, *Il diritto di sciopero e il c. d. danno ingiusto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, p. 49 ss., 58.

Sul carattere reazionario e classista di alcune di queste applicazioni del § 826, GÖRNER, *op. cit.*, pp. 501-502 e p. 519 (« Brutal wurde er gegen die um ihre Rechte kämpfende Arbeiterklasse angewandt... »).

svizzero (al quale è pressoché identico nella formulazione)[9]; e andrebbero qui ancora rammentati i §§ 825 e 847, 2° comma, i quali

[9] Ma lo stesso secondo comma del § 823 — responsabilità di chi viola una norma avente per scopo la protezione del danneggiato — non è privo di rilievo ai fini del discorso qui condotto, giacché anche in sede di responsabilità civile dev'essere mantenuto il limite del dolo eventualmente posto dalla norma di tutela presa in considerazione: così, fra gli altri, LINCKELMANN, *op. ult. cit.*, p. 83; CROME, *System*, II, cit., p. 1024; Otto v. GIERKE, *op. cit.*, p. 908; COSACK-MITTEIS, *Allgemeinen Lehren*, cit., p. 769; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, *op. cit.*, p. 653; LEONHARD, *Bes. Schuldr.*, cit., p. 555; SIBER, *op. cit.*, p. 448 e 454; HECK, *op. cit.*, p. 442; TITZE, *op. cit.*, p. 212; Rudolf SCHMIDT, *op. cit.*, II, p. 169; SOERGEL-LINDENMAIER, *op. cit.*, p. 649; e più recentemente, v. CAEMMERER, *Wandlungen*, cit., p. 474; MOLITOR, *Besond. Teil*, cit., p. 190; MEDICUS, *op. cit.*, p. 248; MERTENS-REEB, *Grundfälle*, cit., 1972, p. 39. Cfr. anche ESSER, *Schuldrecht*, cit., I, p. 242 e II, p. 409, ove si specifica ulteriormente che, se vi è stato errore anche inescusabile di diritto, e la *Schutznorm* prevedeva il dolo, sarà escluso pure l'obbligo risarcitorio; analogamente, LARENZ, *Vertrag und Unrecht*, II, cit., p. 40; GÖRNER, *op. cit.*, p. 518; PALANDT (-GRAMM), *op. cit.*, p. 675 e p. 681. Il problema è ovviamente più delicato per le disposizioni di carattere penale, e qualcuno ha messo in dubbio l'opportunità dell'accennata soluzione, ma la totalità della giurisprudenza e la stragrande maggioranza della dottrina sono rimaste orientate nel senso dell'unicità del criterio di responsabilità: nella letteratura più antica, per tutti, DERNBURG, *Das Bürg. Recht*, II, 2, p. 756; ZITELMANN, *Ausschluss*, cit., p. 15; v. TUHR, *Der Allg. Teil des Deutsch. Bürg. Rechts*, cit., p. 456, nota 14; Otto v. GIERKE, *op. cit.*, p. 888, nota 28; e poi RAAPE, *Aneignungsüberlassung, Zugleich ein Beitrag zum Begriff des sonstigen Rechts (§ 823 I)*, in *Jhering's Jahrbücher*, 1924, p. 179 ss., 216; LEONHARD, *op. ult. cit.*, p. 576; STOLL-FELGENTRAEGER, *op. cit.*, p. 220; GOETZE, *op. cit.*, p. 47 s.; GEMMECKER, *Schadensersatzansprüche*, cit., p. 44; MOLITOR, *op. loc. ult. cit.*; WIETHÖLTER, in *JZ*, 1963, p. 205; REHFELDT, *Einführung*, cit., p. 219; da ultimi, FIKENTSCHER, *op. cit.*, p. 262 e pp. 576-577; ERMAN (-DREES), *op. cit.*, p. 1741; SOERGEL (-ZEUNER), *op. cit.*, § 823, Bem. 340.

— l'uno per i danni patrimoniali, l'altro per i danni non patrimoniali — limitano espressamente al caso di raggiro, minaccia o abuso

---

Rispondono, d'altra parte, solo in caso di dolo o colpa grave, il debitore in caso di mora del creditore (§ 300), il donante (§ 521), il comodante (§ 599), il gestore intervenuto per « allontanare un pericolo imminente da cui il titolare dell'affare è minacciato » (§ 680), il ritrovatore (§ 968): e si tratta di limiti che, secondo una conclusione ormai unanime, opereranno anche in relazione ad un'eventuale pretesa in via extracontrattuale (*infra,* Cap. XI, nota 56). È discusso se la stessa limitazione possa affermarsi in generale per tutti i rapporti di cortesia: in proposito, SOERGEL (-HAHNE), *op. cit.,* p. 793; SOERGEL (-ZEUNER), *op. cit.,* pp. 854-855; ESSER, *op. ult. cit.,* I, p. 251, nota 35, ove altri richiami. L'« omissione maliziosa di un guadagno », ma al di fuori della responsabilità aquiliana, ha un risalto espresso nei §§ 324, 615 e 649; il criterio della « diligentia quam in suis » è invece adottato nei §§ 690, 708, 1359, 1664, 2131.

Si è già avuto occasione di accennare al § 276, 2° comma, circa l'invalidità del patto di irresponsabilità per i danni dolosi (*retro,* Cap. II, nota 65): ma si deve ancora riferire l'opinione secondo cui non è operante, agli effetti di questa norma, l'equiparazione fra dolo e colpa grave (cfr. PLANCK-SIBER, *op. cit.,* II, 1, p. 223; CROME, *System,* I, cit., p. 488; DERNBURG, *Das bürg. Recht,* II, 1, cit., p. 166; ENDEMANN, *Lehrbuch,* I, cit., p. 636, nota 2 e p. 645, nota 10; Otto v. GIERKE, *op. cit.,* p. 121, nota 15).

Tra le altre disposizioni che contemplano il dolo, merita speciale attenzione il § 273, il quale nega il diritto di ritenzione a chi abbia « conseguito l'oggetto con un'azione illecita deliberatamente commessa » (sul punto, WEYL, *Das « Verschulden » und die verwandten Begriffe im Bürgerlichen Gesetzbuch,* in *ABR,* 1898, p. 91; e già PUCHTA, *Vorlesungen,* I, cit., p. 214 ss.; in seguito CROME, *op. cit.,* II, p. 1085; KOHLER, *op. cit.,* p. 471; HECK, *op. cit.,* p. 79 e p. 446; recentemente ERMAN-SIRP, *op. cit.,* p. 508, ove richiami di applicazioni giurisprudenziali; STAUDINGER-WERNER, *op. cit.,* p. 262).

Inoltre, il § 393, in virtù del quale « non è ammessa la compensazione con un credito derivante da un'azione illecita deliberatamente commessa » (« ... was namentlich bedeutsam ist, wenn ein Gläubiger sich durch unerlaubte Selbshilfe gedeckt hat und dem hierdurch verletzten Schuldner die Schuld, für welche er sich gedeckte, aufrechnen wollte », ma comunque importante soprattutto « wenn jemand durch vorsätzliche Autor- oder Patentverletzung oder durch vertragswidrige Benutzung der Vollmacht etwas erlangt hat und das Erlangte zurückzuleisten hat »: così KOHLER, *op. cit.,* p. 471; ma si vedano anche WEYL, *op. ult. cit.,* p. 91; SIBER, *Compensation und Aufrechnung,* Leipzig, 1899, p. 111; OERTMANN, *op. cit.,* p. 298; HÖHN, *Allgemeines Schuldrecht,* cit., p. 187; PLANCK-SIBER, *op. cit.,* II, 1, p. 536; WIEFELS, *Allgemeines Schuldrecht,* cit., p. 99; ROTHER, *Haftungsbeschränkung,* cit., p. 34; WESTERMANN, in ERMAN, *op. cit.,* p. 799; SOERGEL-HAHNE, *op. cit.,* p. 955; SOERGEL-Reimer SCHMIDT, *op. cit.,* p. 486).

La differenza di trattamento fra colpa e dolo, ai fini della responsabilità, è ripresa poi, al di fuori del BGB, nel § 152 VVG (esclusione della assicu-

di un rapporto di dipendenza [10] la responsabilità di colui che abbia indotto una donna ad una coabitazione extraconiugale [11]; il § 839, che prospetta come sussidiaria la responsabilità del funzionario di stato che abbia arrecato il danno per semplice negligenza [12]; e infine,

---

rabilità per i danni dolosamente arrecati: cfr. v. CAEMMERER, *Wandlungen,* cit., p. 544, nota 336), nell'HGB (§ 430), nel RVO (§ 636), nel BBG (§ 151) ed in numerose altre leggi speciali; se ne veda l'elenco in Hermann LANGE, *Begrenzung der Haftung,* cit., pp. 30-31; oppure DEUTSCH, *Privilegierte Haftung,* cit., p. 705 ss.; KNÖPFEL, *Billigkeit und Schmerzensgeld,* cit., p. 156; SOERGEL-ZEUNER, *op. cit.,* p. 854 ss.; RÖHL, *Zur Abgrenzung der grossen von der einfachen Fahrlässigkeit,* cit., p. 725 ss. Particolarmente indicativo appare il § 47 II, s. 2, Patentgesetz 18.7.1953, che autorizza il giudice, per il caso di *Patentverletzung,* ad emettere una condanna risarcitoria inferiore alla misura del danno — seppur non inferiore all'entità dell'arricchimento — allorché l'agente abbia commesso soltanto una colpa lieve (MOLITOR, *Besonderer Teil,* cit., p. 210). In materia di lavoro, v. *infra,* Cap. XI, nota 123; e comunque HOPT, *op. cit.,* p. 218.

[10] Inteso, quest'ultimo, come « bewusste Ausnutzung des Abhängigkeitverhältnisses zwecks Bestimmung der Frauensperson zum Geschlechtsverkehr vorliegen »; per cui « freiwillige Einlassung der Frauensperson, sei es auf Grund ihrer allgemeinen Liederlichkeit oder auf Grund eines persönlichen Verhältnisses, schliesst die Ersatzpflicht aus » (KUHLENBECK, *Das bürgerliche Gesetzbuch,* I, cit., p. 575; v. anche STOLL-FELGENTRAEGER, *Vertrag und Unrecht,* cit., p. 215). Per un'esemplificazione dei vari rapporti in cui potrà assumere rilevanza l'abuso, KOHLER, *op. cit.,* pp. 519-520; PALANDT (-GRAMM), *op. cit.,* p. 694; SOERGEL (-ZEUNER), *op. cit.,* III, p. 973; ESSER, *Schuldrecht,* II, cit., p. 425.

[11] LARENZ, *Besonderer Teil,* cit., p 348 (« Der die Haftung begründete Umstand liegt in der Unlauterkeit des Mittels, dessen sich der Täter bedient, um den Willen der Frau zu beeinflussen. Der Vorsatz muss sich also darauf beziehen, gerade durch dieses Mittel zu beeinflussen »; così anche LEONHARD, *Besonderes Schuldrecht,* cit., p. 586). Non occorre che la sedotta fosse nubile (MOLITOR, *op. cit.,* p. 181; FIKENTSCHER, *op. cit.,* p. 580), e non importa se essa godeva di una buona reputazione o se era o meno inesperta (COSACK-MITTEIS, *op. cit.,* p. 775; SOERGEL-LINDENMAIER, *op. cit.,* p. 663). La seduzione anche fraudolenta di un uomo, da parte di una donna, non è invece produttiva di responsabilità (HEDEMANN, *Schuldrecht,* cit., p. 365), se non nel caso in cui possa applicarsi il § 823, 1° comma (CROME, *op. cit.,* p. 1029, nota 29; SOERGEL-LINDENMAIER, *op. loc. ult. cit.*), oppure, attraverso il § 823 2° comma, qualche norma di tipo penale.

[12] WEYL, *Das « Verschulden » und die verwandten Begriffe,* cit., p. 95; CROME, *op. cit.,* II, p. 1037; MELZ, *Die Beamtenpflicht nach § 839 BGB,* Leipzig, 1904, p. 35; DERNBURG, *Das Bürg. Recht,* II, 2 cit., p. 794; ENDEMANN, *Lehrbuch,* cit., p. 1272; COSACK-MITTEIS, *op. cit.,* p. 782; SIBER, *Schuldrecht,* cit., p. 465; v. TUHR, *op. ult. cit.,* p. 481, nota 6; HECK, *Grundriss,*

seppur su un terreno più ampio di quello della responsabilità civile, il famoso § 226, secondo cui « die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen » [13].

---

cit., p. 455; Kress, *Bes. Schuldr.*, cit., p. 315; W. Wussow, *Systematik*, cit., p. 81; Hedemann, *Schuldrecht*, cit., p. 367.

Le disposizioni intervenute successivamente al BGB (soprattutto l'art. 131 della *Weimar- Verfassung*; oggi art. 34, Satz 2, del *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*) non hanno d'altra parte modificato il principio per cui « dem Staat steht... der Ruckgriff gegen den Baemten offen, falls diesem Vorsatz oder grosse Fahrlässigkeit zur Last fällt » (Larenz, *Bes. Teil.*, cit., p. 356; cfr. pure Titze, *Schuldrecht*, cit., p. 215; Deutsch, *Privilegierte Haftung*, cit., p. 705; Palandt-Gramm, *op. cit.*, p. 731; Esser, *Schuldrecht*, II, cit., p. 442; Matscher, *Zur sogenannten Subsidiarität der Amtshaftung*, in *Jur. Blätter*, 1974, p. 602 ss., 608).

Il giudice — e in generale ogni funzionario nel caso di « Verletzung der Amtspflicht bei der Urteilsfällung in einer Rechtssache » — risponde soltanto nell'ipotesi di reato, e comunque solo se abbia agito con dolo (§ 839, BGB, 2° comma; §§ 334 e 336 StGB; cfr. Otto v. Gierke, *Schuldrecht*, cit., p. 908, nota 13; Dernburg, *op. ult. cit.*, II, 2, p. 165; Melz, *op. cit.*, p. 41 ss.; Leonhard, *op. ult. cit.*, p. 591; Stoll-Felgentraeger, *op. cit.*, p. 229; Fikentscher, *op. cit.*, p. 585; analogamente, per l'Austria, Mayr, *Lehrbuch*, II, cit., p. 335, ove richiami legislativi).

[13] Sulla storia ed i precedenti della formula, si vedano Regelsberger, *Pandekten*, cit., p. 230; Steinbach, *Die Moral als Schranke des Rechtserwerbs und der Rechtsausübung*, cit., p. 26 ss.; Gareis, *Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Berlin, 1900, p. 260; Biermann, *op. cit.*, p. 342. Ma il destino cui è andata incontro questa norma è troppo oscuro e povero di applicazioni perché possa destare qualche interesse un richiamo al dibattito che suscitò la sua apparizione. Già nei primissimi tempi dopo l'entrata in vigore del BGB, sull'atteggiamento degli scrittori che pronosticavano al § 226 un brillante avvenire (Blummer, Schneider, v. Zahn, Cosack, Mitteis, v. Tuhr), era prevalso quello degli interpreti che considerandolo « ein todgeborenes Gesetz » (Endemann, *op. cit.*, p. 424), prevedevano che esso non avrebbe quasi mai potuto essere utilizzato dai tribunali (Crome, Mattias, Kohler, Planck). E ciò — come si è continuato a ripetere anche in seguito — per l'eccessiva ristrettezza del suo dettato, ossia per la necessità che l'atto abusivo sia stato compiuto con l'unico scopo di nuocere (Dernburg, *Das bürg. Recht*, II, 2, cit., p. 800; Crome, *op. cit.*, I, p. 1531; Leonhard, *Bes. Schuldr.*, cit., p. 578; Larenz, *Vertrag*, cit., p. 20; Soergel-Siebert, *BGB*, 8ª ed., Stuttgart u. Berlin, 1952, p. 543; Heinrich Lange, *BGB - Allgemeiner Teil*, 12ª ed., München, 1970, p. 100), con le ulteriori evidenti difficoltà di prova per l'attore (Lehmann, *Allg. Teil*, cit., p. 99; Staudinger-Coing, *op. cit.*, p. 1185). Se può quindi apparire giustificato in qualche modo il parallelismo con la teoria dell'*abus du droit* francese (Walton, *Motive as an element*, cit., p. 510 s.; Stoll-Felgentraeger, *op. cit.*, pp. 28-29; Krasser, *Der Schutz vertraglicher*

Si pensi ancora al codice civile austriaco del 1811 (A.B.G.B.), il quale mostra di distinguere continuamente fra malizia e imprudenza: così nel § 1300, a proposito della responsabilità di chi abbia dato a un terzo un consiglio erroneo, in materia di cui non sia direttamente esperto (risponderà solo se abbia agito scientemente) [14]; nel

---

Rechte, cit., p. 54 ss.), ben si comprendono gli accenti sull'indipendenza dogmatica del *Rechtsmissbrauch* rispetto al *Treu und Glauben* (cfr. E. E. Hirsch, *Einführung in das bürgerliche Vermögensrecht*, cit., p. 53; ancora Stoll-Felgentraeger, *op. cit.*, p. 30; diversamente Coing, *Bemerkungen zum überkommenen Zivilrechtssystem*, in *Festschrift Dölle*, Tübingen, 1, 1963, p. 30, oppure Schneider, *Treu und Glauben im Rechte der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuches*, München, 1902, p. 210 ss.). Anche l'interpretazione in chiave oggettivistica dello « scopo » dell'atto — scopo riferito appunto a quest'ultimo termine, invece che alla persona dell'autore — da parte di non pochi scrittori (Zitelmann, *Das Recht des Bürg. Gesetzbuchs*, I, cit., p. 143; H. A. Fischer, *Die Rechtswidrigkeit*, cit., p. 143; Bienenfeld, *Die Haftungen ohne Verschulden*, cit., p. 459), oppure l'insistenza sulla possibilità di ottenere in virtù del § 226 il risarcimento di qualunque danno, anche di carattere non patrimoniale (così Rosenthal, *op. cit.*, I, p. 74), non sono valse ad offrire una prospettiva apprezzabile a questa disposizione. Sono quindi continuati i rilievi sul valore e la portata eccessivamente angusti del paragrafo (Oertmann, *Zur Struktur der subjektiven Privatrechte*, cit., p. 137; Molitor, *Die Kündigung*, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1935, p. 165 s.; Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Heidelberg-New York, 1969, p. 384 e p. 402; e da noi, Rescigno, *L'abuso del diritto*, cit., p. 232, nota 34), e si sono rinnovate le conclusioni sulla sua assoluta mancanza di interesse pratico (Hedemann, *Die Flucht*, cit., p. 7; Stoll-Felgentraeger, *op. cit.*, p. 29; Cosack-Mitteis, *op. cit.*, p. 320; Palandt-Danckelmann, *op. cit.*, p. 158; Staudinger-Coing, *op. cit.*, p. 1184). Gli autori riportano soprattutto l'esempio del padre che impedisce al proprio figlio di entrare nel fondo in cui è sepolta la madre del secondo (RGZ, 72, 251); e le altre applicazioni possono quasi contarsi sulla punta delle dita (Soergel-Siebert, *op. cit.*, pp. 544-545; Staudinger-Coing, *op. cit.*, p. 1186 s.).

[14] Ellinger, *Manuale del diritto civile austriaco*, trad. it. di Gios. Rotondi, Milano, I, 1855, p. 292; v. Bonnot, *Grundriss des Obligationenrecht*, cit., p. 32; Randa, *Die Schadensersatzpflicht*, cit., p. 62. La norma è ritenuta applicabile, sin dai primi anni successivi all'entrata in vigore dell'ABGB, anche nell'ipotesi in cui sia stata raccomandata ad altri una persona la cui attività abbia poi recato danno a chi aveva richiesto il consiglio (Zeiller, *op. cit.*, III, 2, p. 265; cfr. pure Krainz, *System*, II, cit., p. 325). Ravvisa l'estremo soggettivo della responsabilità nell'*Absicht*, Stubenrauch, *Commentar*, II, cit., p. 648, contrario d'altra parte al riconoscimento di un'equiparabilità in via ordinaria fra dolo e colpa grave (così già Pfaff, *Zur Lehre von Schadensersatz*, cit., p. 66; e poi Swoboda, *Das Recht der Schuldverhältnisse*, cit., p. 90; K. Wolff, in Klang's *Commentar*, VI, cit., p. 1300). Nel senso che lo

§ 1302, per il caso di concorso di più persone nella produzione del danno (la solidarietà nell'obbligo è prevista come regola per l'ipotesi di dolo, mentre per l'ipotesi di colpa essa è ammessa solo se sia incerto in qual misura ciascuno degli autori abbia contribuito alla lesione)[15]; nel § 1315, per il caso in cui taluno abbia consapevolmente proposto ad altri, per un determinato affare, una persona peri-

stesso criterio valga poi nel caso delle false informazioni dannose, KRASNOPOLSKI, *Österreichisches Obligationenrecht,* cit., p. 165; MAYR, *Lehrbuch,* I, cit., p. 267; Armin EHRENZWEIG, *System,* II, cit., p. 606; successivamente K. WOLFF, *Grundriss des österreichischen bürgerlichen Rechtes,* Wien-Leipzig, 1923, p. 126 ss.; GSCHNITZER, *Schuldrecht - Bes. Teil und Schadensersatz,* cit., p. 171.

[15] Soltanto in caso di dolo si poteva infatti affermare che i coautori avessero contemplato non già « il danno particolare derivante dal loro proprio fatto, ma il danno maggiore derivante dal concorso comune a tutti » (WINIWARTER, *op. cit.,* IV, p. 601; oppure ELLINGER, *op. cit.,* p. 294; NIPPEL, *op. cit.,* VIII, 1, p. 109; STUBENRAUCH, *Commentar,* II, cit., p. 654); ma il fondamento della distinzione fra i due criteri veniva anche ritrovato nella necessità per l'ordinamento di scoraggiare ogni associazione costituita fra più soggetti con lo scopo di recar danno: sottolineandosi come nei confronti delle persone facoltose — le prime a poter temere una chiamata in giudizio ad opera della vittima eventuale — la minaccia della solidarietà assumesse un particolare significato ammonitore (ZEILLER, *op. cit.,* III, 2, p. 267; cfr. ora SWOBODA, *op. ult. cit.,* p. 92; GSCHNITZER, *op. cit.,* p. 165). Non mancava la consapevolezza che il privilegio accordato alla colpa si scostava dall'insegnamento di alcuni fra gli scrittori della scuola di diritto naturale: ma, pur nel rifiuto di introdurre in quest'ambito l'equiparazione con la colpa grave (v. KIRCHSTETTER, *Commentar,* cit., p. 571; UNGER, *System,* II, cit., p. 242, nota 21; KRASNOPOLSKI, *op. cit.,* p. 174). si ammetteva che la solidarietà fosse possibile anche là dove gli autori avessero agito senza *animus nocendi,* e tuttavia con la coscienza di recar danno (NIPPEL, *op. cit.,* VIII, 1, p. 109; più rigido, ad ogni modo, STUBENRAUCH, *op. cit.,* II, p. 654; v. anche v. BONNOT, *op. cit.,* p. 33).

In caso di concorso di colpe fra danneggiante e danneggiato, il risarcimento doveva calcolarsi con criteri analoghi a quelli posti nel nostro attuale art. 1227, 1° comma (così il § 1304); e non pochi autori insistevano esplicitamente sull'impossibilità di compensare la colpa con il dolo (ZEILLER, *op. cit.,* III, 2, p. 270; NIPPEL, *op. cit.,* VII, 1, sub § 1304; STUBENRAUCH, *op. cit.,* p. 658; v. BONNOT, *op. cit.,* p. 35; più recentemente, Albert EHRENZWEIG, *Die Schuldhaftung,* cit., pp. 257-258; da ultimo, KOZIOL, *Die Schadensminderungspflicht,* in *Jur. Blätter,* 1972, p. 226), mentre, per l'ipotesi di corresponsabilità solidale fra più autori di un danno, si escludeva che chi aveva effettuato il pagamento avesse poi, in caso di dolo, il diritto di regresso contro gli altri (UNGER, *System,* II, cit., p. 242, nota 21; SWOBODA, *op. ult. cit.,* p. 92; v. anche *retro,* Cap. III, nota 21).

colosa o incapace[16]; nel § 1324, a proposito dell'ammontare del risarcimento dovuto alla vittima (solo se v'è stato dolo o una « negligenza grossolana » è dovuto anche il lucro cessante)[17]; nel § 1331, il quale

[16] Questa disposizione, nel commento degli interpreti, appare frequentemente correlata con il precedente § 314, secondo cui « se qualcuno prende al suo servizio una persona senza il certificato; o tiene scientemente al suo servizio chi è pericoloso per qualche qualità di corpo o di mente; oppure dà ricetto ad un notorio delinquente; è tenuto alla riparazione del danno cagionato dalla qualità pericolosa di queste persone tanto verso il proprietario della casa, quanto verso gli abitanti in essa ». Che l'imprenditore dovesse essere in dolo, per poter essere chiamato a rispondere delle conseguenze di una *Körperverletzung* cagionata a terzi dal dipendente, era richiesto con particolare insistenza da Armin EHRENZWEIG, *System,* II, 1, cit., p. 580. Cfr. anche K. WOLFF, in KLANG, *Commentar,* VI, cit., p. 94, il quale sottolinea che « wer die Gefährlichkeit nicht kannte, sondern bloss kennen musste, haftet nicht ».

[17] Soluzione « raccomandata dalla politica come un mezzo per prevenire con maggior energia le offese dolose, il che si otterrà quando chi nutre una mala intenzione non ignora che il danno, ch'egli vuol recare ad un altro nei di lui beni, ricadrà sopra di lui medesimo » (ZEILLER, *op. cit.,* III, 2, pp. 296-297; e, più ampiamente, NIPPEL, *op. cit.,* VII, 1, cit., p. 183; oppure PFAFF, *Zur Lehre,* cit., p. 32 e p. 92 ss.; STEINBACH, *Die Grundsätze des heutigen Rechts über den Ersatz vom Vermögensschaden,* Wien, 1888, p. 90; STUBENRAUCH, *op. cit.,* II, p. 690; si vedano inoltre Otto v. GIERKE. *Schuldrecht,* cit., pp. 78-79, nota 65; v. BONNOT, *op. cit.,* p. 34; BYDLINSKI, *Probleme der Schadensverursachung,* cit., pp. 28-29). Così, anche nel successivo § 1326 — danno da deformazione fisica, da ripararsi con maggior larghezza quando vittima fosse rimasta una donna — la possibilità di ottenere la *volle Genugthuung* (comprensiva cioè del lucro cessante e del danno morale), in luogo della semplice *Schadloshaltung* (limitata al danno emergente), appare limitata inizialmente al caso di *Misshandlung* (offesa o maltrattamento), intesa come « sofferenza corporale cagionata con animo di far male » (WINIWARTER, *op. cit.,* IV, p. 629; v. KIRCHSTETTER, *op. cit.,* p. 578). Mentre la responsabilità del seduttore (§ 1328) si restringeva per suo conto alle ipotesi di procurata ubriachezza e inganno (WINIWARTER, *op. cit.,* p. 631; KRAINZ, *System,* II, cit., p. 320), di abuso di un rapporto gerarchico (Armin EHRENZWEIG, *System,* II, cit., p. 604; RANDA, *op. cit.,* p. 220; K. WOLFF, *Grundriss,* cit., p. 125), di « istigazione alla libidine » (NIPPEL, *op. cit.,* VIII, 1, p. 195): e in tale direzione si sarebbe appunto incamminata la novella del 1916, innovando su un testo originario che, se richiedeva la nascita di figli per l'ammissione della responsabilità, non aveva posto invece alcun limite sotto il profilo soggettivo (cfr. KRASNOPOLSKI, *op. cit.,* p. 226 ss.; PFAFF, *op. cit.,* pp. 17-18; MAYR, *Lehrbuch,* II, cit., p. 316; SWOBODA, *op. ult. cit.,* p. 103; GSCHNITZER, *op. ult. cit.,* p. 178).

Il § 1329 offriva poi l'elenco di una serie di situazioni — imperniate tutte sulla presenza del dolo — per le quali l'obbligo di un risarcimento comprensivo del mancato guadagno figurava testualmente ripetuto; legittimato

prevede che ove il danno a una cosa sia stato arrecato con petulanza e malignità (*Mutwille und Schadenfreude*), la vittima possa preten-

---

a richiedere questa ulteriore voce del danno era dunque il soggetto che, in seguito a « violento rapimento », « arresto », o « deliberatamente con arresto privato », fosse stato privato della libertà personale (e in assenza di dolo dell'autore, il carico risarcitorio tornava a restringersi entro i confini del danno emergente — NIPPEL, *op. cit.*, VIII, 1, p. 200; v. KIRCHSTETTER, *op. cit.*, p. 580; MAYR, *op. cit.*, II, p. 313; KRAINZ, *System*, II, cit., pp. 317-318; Armin EHRENZWEIG, *System*, II, 1, cit., p. 597; KRASNOPOLSKI, *op. cit.*, p. 228; K. WOLFF, *Grundriss*, cit., p. 125; ID. in KLANG, *op. cit.*, VI, p. 128 — escludendosi, per un altro verso, la possibilità di equiparare dolo e colpa grave; ancora K. WOLFF, in KLANG, *op. cit.*, p. 159). La distinzione veniva ancora prospettata dagli interpreti (ZEILLER, *op. cit.*, III, 2, p. 302; NIPPEL, *op. cit.*, p. 208; WINIWARTER, *op. cit.*, p. 635; KRASNOPOLSKI, *op. cit.*, p. 228; PFAFF, *op. cit.*, p. 23; STUBENRAUCH, *op. cit.*, p. 708; MAYR, *op. cit.*, p. 276; Armin EHRENZWEIG, *op. cit.*, p. 599) sul terreno del § 1330, regolante la materia delle offese all'onore (norma integrata dalla novella del 1916, che aggiungerà un inciso secondo cui « Für eine nicht öffentlich vorgebrachte Mitteilung, deren Unwarheit der Mitteilende nicht kennt, haftet er nicht, wenn er oder der Empfänger der Mitteilung an ihr ein berechtigtes Interesse hatte »), mentre il codice la riconfermava *expressis verbis*, trattando del danneggiamento dei beni, nella prima parte del § 1331 (per la seconda parte di questa norma, v. sopra nel testo); il dolo ricompariva infine, come presupposto dell'azione di danni, con riguardo ai vari casi di *Arglist*, *Gewalt* o *Drohung* nella conclusione di un negozio (KRAINZ, *System*, II, cit., p. 322 e p. 326; STUBENRAUCH, *Commentar*, II, cit., p. 710), nonché per il « delitto » di *Selbsthilfe*, ravvisabile nel comportamento di quel soggetto che si fosse fatto giustizia da solo (esempio tipico quello dello spoglio effettuato dal proprietario: KRAINZ, *op. cit.*, p. 327 s.).

Sotto alcuni di questi profili, è ben vero, la contrapposizione fra malizia e negligenza mostra talora di attenuarsi o scomparire nella lettura degli interpreti posteriori; così, ad esempio, per il pregiudizio derivante da una deformazione (Armin EHRENZWEIG, *System*, II, 1, cit., p. 577), per il danno morale (KRASNOPOLSKI, *op. cit.*, p. 221), per gli attentati all'onore (KRAINZ, *op. cit.*, II, p. 314 e p. 319; STUBENRAUCH, *op. cit.*, II, p. 693; e poi K. WOLFF, *Grundriss*, cit., p. 124), per l'illecita privazione della libertà (v. BONNOT, *op. cit.*, p. 35; STUBENRAUCH, *op. cit.*, p. 705; SWOBODA, *Schuldverhältnisse*, cit., p. 103), e in generale nel campo della responsabilità per fatto altrui (K. WOLFF, *Grundriss*, cit., p. 129 s.). Molte altre distinzioni sarebbero però rimaste inalterate (cfr., in generale, MAYR, *Lehrbuch*, pp. 276-277; K. WOLFF, *Grundriss*, cit., p. 123 ss.; Armin EHRENZWEIG, *System*, II, 1, cit., p. 572 ss.; ed ora GSCHNITZER, *Schuldrecht*, cit., p. 160 ss.; con particolare ampiezza ELDBACHER, *Wandel und Krise*, cit., p. 90 ss.; per la responsabilità di cui ai §§ 1300 e 1313, K. WOLFF, in KLANG, *Kommentar*, VI, cit., p. 128; per il danno morale, *retro*, Cap. III, nota 6), e nuove differenze si erano intanto fatte strada, presso la dottrina, offrendo anzi lo spunto per interventi legislativi: ma è il

dere anche « il valore di speciale affezione » [18]; nel § 1332, sul tempo al quale va calcolato, per la fissazione del risarcimento, il valore della cosa distrutta (in caso di colpa lieve, il valore può esser solo quello del momento in cui fu arrecato il pregiudizio [19], in caso di dolo va dato il maggior valore della cosa nel tempo tra il danneggiamento e l'inizio del processo) [20].

Soluzioni, queste ultime, che ricalcano a loro volta quelle del

---

quadro offerto dai commentatori dell'ottocento ad esser forse qui più interessante, essendo quello del tempo in cui venivano sorgendo o consolidandosi, nella letteratura francese e italiana, le certezze intorno al principio dell'equivalenza (*infra*, in questo capitolo, n. 8).

[18] ELLINGER, *op. cit.*, p. 310; v. KIRCHSTETTER, *op. cit.*, p. 569; UNGER, *System*, I, cit., p. 377, nota 21; KRAINZ, *System*, II, cit., p. 308; STUBENRAUCH, *Commentar*, II, cit., p. 690 e p. 711; KRASNOPOLSKI, *op. cit.*, p. 171; HASENÖHRL, *Österreichisches Obligationenrecht*, cit., II, p. 154; PFAFF, *op. cit.*, p. 93 ss., soprattutto p. 101; v. BONNOT, *op. cit.*, p. 34; MAYR, *Lehrbuch*, I, cit., pp. 276-277; K. WOLFF, *Grundriss*, cit., p. 126; ID., *Verbotenes Verhalten*, cit., p. 232 s.; ID., in KLANG, *Kommentar*, VI, cit., p. 166; ESSER, *Schuldrecht*, I, cit., p. 267.

[19] v. KIRCHSTETTER, *op. cit.*, p. 569; ELLINGER, *op. cit.*, p. 310; KRAINZ, *op. cit.*, p. 308; KRASNOPOLSKI, *op. cit.*, p. 170; MAYR, *op. cit.*, p. 276; K. WOLFF, in KLANG, *op. cit.*, p. 168; KOZIOL-WELSER, *Grundriss des Bürgerlichen Rechts*, 2ª ed., Wien, 1971, p. 190; GSCHNITZER, *Schuldrecht*, cit., p. 161; KOZIOL, *Die Schadensminderungspflicht*, cit., p. 230 ss.

[20] Con il decreto imperiale 19 marzo 1916 è stato aggiunto al § 1295 un 2° comma così formulato: « Auch wer in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise absichtlich Schaden zufügt, ist dafür verantwortlich, jedoch falls dies in Ausübung eines Rechtes geschah, nur dann, wenn die Ausübung des Rechtes offenbar den Zweck hatte, den anderen zu schädigen ». La discussione intorno a questa norma — per quanto concerne la nozione di *Absicht*, il concetto di *Sittenwidrigkeit*, il rapporto con il § 1305 ABGB — mostra di essersi svolta in termini non dissimili da quelli che si rinvengono nei confronti del § 826 BGB presso gli scrittori tedeschi. Per qualche ragguaglio, ad ogni modo, RANDA, *Die Schadensersatzpflicht*, cit., p. 23 ss.; HEDEMANN, *Sittenwidrige Schädigung*, cit., p. 32, nota 3; MAYR, *Lehrbuch*, I, cit., p. 263; Armin EHRENZWEIG, *System*, II, 1, cit., p. 568 ss.; BIENENFELD, *Die Haftungen ohne Verschulden*, cit., p. 459; Albert EHRENZWEIG, *Die Schuldhaftung*, cit., p. 81 e p. 223; SWOBODA, *Das Recht der Schuldverhältnisse*, cit., p. 77 (« Was sittenwidrig ist, verstösst auch gegen das Recht und ist rechtswidrig, weil auch für das Gebiet des Rechts nach unserer nationalsozialistischen Rechtsüberzeugung keine besonderen moralischen Grundsätze gelten dürfen »); K. WOLFF, in KLANG, *Kommentar*, VI, cit., p. 41 ss.; GSCHNITZER, *Schuldrecht*, cit., pp. 172-173; STAUDINGER (-COING), *op. cit.*, p. 1187; KOZIOL-WELSER, *op. ult. cit.*, p. 191; KOZIOL, in *Jurist. Blätter*, 1972, cit., p. 34 ss.

precedente *Urentwurf* del 1797 [21], e collimano quasi esattamente con quelle già accolte nel codice prussiano (*Allgemeines Landrecht für die Königlichen Preussischen Staaten*) del 1794: il quale — nella parte 1ª, tit. 6° — limitava anch'esso al caso di dolo la risarcibilità del mancato guadagno (§§ 7, 10, 12), la *repetitio temporis* e la possibilità di ottenere anche il valore straordinario della cosa (§§ 85 e 88), nonché la solidarietà tra i coautori del danno (§§ 29, 30 e 31) [22].

Non sono poche, di codeste soluzioni, quelle importabili o già operanti nel nostro ordinamento, senza contare ciò che è proprio di quest'ultimo e sconosciuto agli altri sistemi; ben diversa, però, anche a prescindere dall'elemento della tradizione, la possibilità per lo studioso di avvedersene [23].

---

[21] Cfr. STOBBE, *Handbuch*, III, cit., p. 375; UNGER, *System*, I, cit., p. 377, nota 20; G. ROTONDI, *Dalla « lex Aquilia »*, cit., 1917, p. 270; Albert EHRENZWEIG, *Die Schuldhaftung*, cit.; p. 35.

[22] Si vedano DEMELIUS, in *Jhering's Jahrbücher*, 1861, cit., p. 85 e DERNBURG, *Lehrbuch des Preussischen Privatrechts*, II, cit., p. 848 ss. Altre norme di rilievo del codice prussiano, sempre nel tit. VI, parte 1ª — e a parte quelle già richiamate *retro*, Cap. VII, nota 32, concernenti l'abuso doloso del diritto — erano il § 18, ove si prevedeva l'obbligo per il danneggiante in dolo o in colpa grave di risarcire interamente la vittima anche nell'ipotesi di concorso di colpa di quest'ultima; il § 19, che privava il danneggiato in colpa grave della possibilità di ottenere il risarcimento per il danno mediato e per il lucro cessante; il § 20, in virtù del quale nulla era dovuto alla vittima in colpa grave se il danneggiante era soltanto in colpa lieve; il § 79, il quale stabiliva che, in caso di dolo, il responsabile fosse tenuto a effettuare il risarcimento in forma specifica, o a risarcire altrimenti il valore di affezione della cosa; il § 98, che disponeva solo a carico di chi avesse ucciso un uomo con dolo o colpa grave l'obbligo di versare una pensione alimentare alla vedova o di provvedere all'educazione e al mantenimento dei figli (mentre in caso di colpa lieve — § 103 — era dovuto unicamente lo stretto necessario); il § 123, in cui si sanciva che, nello stabilire l'ammontare della somma dovuta a titolo di dote alla donna nubile rimasta sfregiata in seguito a una ferita, il giudice dovesse tener conto del grado di colpevolezza del responsabile dello sfregio. Per qualche rilievo sintetico al riguardo, LAWSON, *Negligence in the civil law*, cit., p. 29.

[23] Anche il diritto anglo-americano è ricco di casi in cui l'autore di un fatto dannoso risulta trattato diversamente a seconda che abbia agito con dolo oppure per mera negligenza.

Fra i *nominate torts* fondati sull'*intention* spiccano innanzi tutto le figure dell'*assault* e *battery*, consistenti quest'ultima nell'uso della forza contro un altro, il quale ne riporta una lesione anche minima nella propria sfera fisica, e la prima nella commissione di un atto che cagiona nel terzo il giustificato timore dell'inflizione di *battery* o comunque di un'intrusione sgradita (POLLOCK,

A parte l'accenno alla « gravità della colpa » di cui agli artt. 1227 (2056), 1° comma e 2055, 2° comma cod. civ., l'interprete ita-

---

The law of torts, cit., p. 212; CARPENTER, *Intentional invasion of interests of personality*, in *Or. law rev.*, 1934, p. 227 ss.; SCHUSSERL, *Torts*, cit., pp. 21-22; SEAVEY, *Threats inducing emotional reactions*, in *N. C. law rev.*, 1960, p. 74 ss.; PERKINS, *An analysis of assault and attempts to assault*, in *Minn. law rev.*, 1962, p. 71 ss.; SALMOND, *Law of torts*, cit., p. 294 ss.; PROSSER, *Handbook*, cit., specialmente p. 30, testo e nota 16 e p. 34, testo e nota 57; GREGORY e KALVEN, *Cases and materials on torts*, cit., p. 23 e p. 914; WINFIELD e JOLOWICZ, *On tort*, cit., p. 31 ss.). Non è necessario che l'autore si sia reso conto dell'ingiuriosità del proprio atto o delle sue conseguenze (COLYER, *A modern view*, cit., p. 36: responsabilità di chi dunque, in un autobus, batte un colpo sulla testa di un altro per attirarne l'attenzione), ma l'azione deve essere stata compiuta « for the purpose of causing the contact or apprehension » (*Restatement of torts*, I, cit., p. 29 ss.), per cui non si avrà *assault* o *battery* se la conseguenza è stata contemplata quale effetto solo possibile o probabile, e non come risultato « certo » della condotta (si vedano anche WRIGHT, *Cases on the law of torts*, cit., p. 14; ZUCKERMANN, *Assault or not assault*, in *Law quart. rev.*, 1972, p. 246 ss.). Così pure, non è richiesta la presenza di *malice* o di *motive* — da intendersi, quest'ultimo, nel senso di dolo specifico — ma la loro esistenza influenza comunque l'ammontare del risarcimento (*Restatement*, I, cit., p. 27; HARPER e JAMES, *The law of torts*, I, cit., p. 216; STREET, *The law of torts*, cit., p. 18). La responsabilità viene poi meno quando la vittima abbia espresso il proprio consenso circa l'atto, ma l'esimente non opera quando il consenso sia stato carpito con raggiri (JENKS, *Digeste*, cit., p. 298; STREET, *op. ult. cit.*, p. 76; ARMITAGE, in CLERK e LINDSELL, *On torts*, cit., p. 343).

Altra figura classica è quella del tort di *misrepresentation*, consistente nelle false dichiarazioni rese da qualcuno con lo scopo di indurre un terzo ad agire in modo diverso da quello che sarebbe stato scelto in mancanza di dolo; dal nome dell'azione con cui siffatti comportamenti vennero inizialmente colpiti, questo tort è chiamato frequentemente anche *deceit*. In argomento, fra gli altri, WILLISTON, *Liability for honest misrepresentation*, in *Harv. law rev.*, 1910-11, p. 415 ss.; JENKS, *op. cit.*, artt. 1027-1036, p. 373 ss.; TERRY, *Intent to defraud*, in *Yale law journ.*, 1915, p. 87 ss.; *Restatement of torts*, III, cit., § 525 ss.; SEAVEY, *Cogitations*, cit., p. 67; KEETON, *Fraud: the necessity for an intent to deceive*, in *U.C.L.A. law rev.*, p. 583 ss.; Note, in *Virg. law rev.*, 1961, p. 1209 ss.; WINFIELD e JOLOWICZ, *op. cit.*, p. 217 ss.). La negligenza di chi ha affermato il falso è tendenzialmente insufficiente (Mc CORMICK, *Handbook of the law of damages*, cit., p. 280, nota 1; SCHUSSERL, *op. cit.*, p. 34; CHARLESWORTH, *On negligence*, cit., p. 19; DIAS, in CLERK e LINDSELL, *op. cit.*, p. 454), almeno in tutti i casi in cui fra le parti non esistesse una relazione contrattuale (SEAVEY, *Principles*, cit., p. 83; HARPER e JAMES, *op. cit.*, p. 542). Anche se non si richiede che il motivo per cui il *deceptor* ha agito fosse quello di nuocere al *deceptus* (JENKS, *op. cit.*, art. 1029; PROSSER, *op. cit.*, p. 715; STREET, *op. cit.*, p. 377), è necessario che il *deceptor* abbia saputo che il suggerimento era

liano non trova infatti, cercando nel titolo dedicato ai fatti illeciti, nessuna disposizione che distingua tra effetti della malafede e della

ingannevole, e che l'abbia dato inoltre con la consapevolezza e volontà di trarre in errore la vittima (JENKS, *op. cit.*, art. 1028, nn. III e IV; POLLOCK, *op. cit.*, p. 287 s.; *Restatement of torts*, III, cit., § 526; WALTON, *La responsabilité délictuelle*, cit., p. 53; HEUSTON, in SALMOND, *op. cit.*, p. 639; COLYER, *op. cit.*, p. 172; ARMITAGE, *op. cit.*, p. 39 e p. 912 ss., specialmente p. 918), né il *misrepresentor* potrà eccepire che il *deceptus* avrebbe potuto scoprire facilmente l'errore stesso (JENKS, *op. cit.*, art. 1031, p. 377; SCOTT, *Casebook on torts*, cit., p. 345; ARMITAGE, *op. cit.*, p. 924). L'azione non è concessa, almeno di regola, se l'autore del raggiro credeva che l'informazione data fosse esatta, anche nel caso in cui, avendo scoperto in seguito la falsità, egli abbia taciuto prima che il *deceptus* agisse: sarà necessario un comportamento commissivo, ad esempio una continuazione della trattativa iniziatasi sulla base della falsa informazione (JENKS, *op. cit.*, art. 1035, p. 378; ROBB e BROOKES, *An outline*, cit., p. 226). Sull'*innocent misrepresentation* v. ad ogni modo *retro*, Cap. IV, nota 46, ove anche richiami sul *Misrepresentation Act* inglese del 1967: cui *adde* FLEMING, *An introduction to the law of torts*, cit., p. 69 ss.; STREET, *The law of torts*, cit., p. 382; BRADLEY, *Liability to third persons for negligent audit*, in *Journ. of bus. law*, 1966, p. 190 ss.; HODGIN, *The fortunes of Hedley Byrne*, *ivi*, 1972, p. 27 ss.; LAWSON, *Deux arrêts récents de la Chambre des Lords*, in *Rev. int. droit comp.*, 1964, p. 743 ss., 747 ss.; ATIYAH, *Accidents*, cit., p. 75 s.; GOMARD, *Civil law, common law and scandinavian law*, in *Scand. stud. in law*, 1961, p. 27 ss., 35 s.; MILLNER, *The retreat to trespass*, cit., p. 31; ID., *Growth and obsolescence in negligence*, *ivi*, 1973, p. 260 ss., 263 s.

Per il caso di *trespass to land* — invasione del fondo altrui — si suggerisce soltanto di limitare « the ricovery without proof of damage to cases of intentional invasion » (PROSSER, *op. cit.*, p. 67; cfr. pure *Restatement*, I, cit., p. 390; WINFIELD, *The restatement of torts*, cit., p. 9; SALMOND, *op. cit.*, pp. 156-157, e specialmente p. 172, ove un'illustrazione della differenza tra *wilful* e *no wilful wrongdoing* sotto il profilo del *quantum respondeatur*; e ancora P. S. JAMES, *Introduction*, cit., p. 340; R. GOLDSCHMIDT, *Trespass on land, Contribución a la teoría del acto ilícito*, in *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, Padova, III, p. 207 ss., 218; MILLNER, *The retreat of trespass*, cit., p. 29; SCHUSSERL, *op. cit.*, p. 24; GREGORY e KALVEN, *op. cit.*, p. 23 e p. 942; STREET, *op. cit.*, p. 13 ss.; per il *roman dutch law*, MAASDORP, *Delicts*, cit., p. 3), restando possibili tanto un rilievo della colpa semplice, quanto una *strict liability*, ove la prova del danno sia offerta (*Restatement*, I, cit., p. 394, almeno per l'*extra-hazardous activity*; HARPER e JAMES, *op. cit.*, p. 11 ss.). Ma è soprattutto il *trespass to chattels* — che comprende certe ipotesi di interferenza dannosa nei beni mobili altrui — ad apparire controllato dall'*intention*, dal momento che le corrispondenti condotte colpose vengono ormai tutte riportate nell'orbita del tort di *negligence* (cfr. WINFIELD e GOODHART, *Trespass and negligence*, in *Law quart. rev.*, 1933, p. 359 ss.; HARPER e JAMES, *op. cit.*, p. 109; PROSSER, *op. cit.*,

negligenza; anche un'attenta lettura al libro delle obbligazioni consentirà alfine di rintracciare un solo esempio di rilevanza del dolo

p. 77). E lo stesso va ripetuto per quei più gravi comportamenti lesivi della cosa di un terzo, o dei diritti, o del possesso su di essa — ogni definizione più precisa è impossibile — in cui è venuta storicamente precisandosi l'identità dei « fascinating » torts di *trover* e *conversion* (sulla nascita di queste due figure e sulla loro distinzione rispetto al *trespass to chattels*, AMES, *History of trover*, in *Harv. law rev.*, 1898, p. 277 ss.; SALMOND, *Observations on trover and conversion*, in *Law quart. rev.*, 1905, p. 43 ss.; CLARK, *The test of conversion*, in *Harv. law rev.*, 1908, p. 408 ss.; WARREN, *Qualifying as plaintiff in an action for a conversion*, *ivi*, 1936, p. 1084; RUBIN, *Conversion of choses in action*, in *Ford law rev.*, 1941, p. 415 ss.; PROSSER, *The nature of conversion*, in *Corn. law quart.*, 1957, p. 168 ss.; FAUST, *Distinction between conversion and trespass to chattels*, in *Or. law rev.*, 1958, p. 256 ss.; SIMPSON, *The introduction of the action on the case for conversion*, in *Law quart. rev.*, 1959, p. 364 ss.). Occorre certo avvertire che *intention* viene qui intesa in senso estremamente ampio ed obiettivo, essendo ravvisata talvolta anche nel comportamento di chi ha agito senza *animus nocendi*, e non esclusa neppure dalla presenza di un errore di fatto o di diritto (*Restatement of torts*, I, cit., p. 384; D. E. C. YALE, in CLERK e LINDSELL, *On torts*, cit., p. 666 e p. 736; STREET, *op. cit.*, p. 32, p. 44 e p. 67); ma è sufficiente ai nostri fini il rilievo che « for merely negligent interference with the chattel, such as failure to protect it against loss, damage or theft », non vi sia base per le azioni in discussione (PROSSER, *op. cit.*, p. 83; *Restatement*, I, cit., § 224; SCHUSSERL, *Torts*, cit., p. 27).

L'equivalenza fra *negligence* e *intention* è ancora solamente tendenziale nel *tort* di *false imprisonment*, ossia nel caso di privazione della libertà di movimento di qualcuno, anche al di fuori del caso di carcerazione, e cioè in sostanza per ogni ipotesi di *ingiustificato* atto di sequestro di una persona (ASHTON, *Motive as an essential element in the crime of false imprisonment*, in *Dickinson law rev.*, 1934, p. 184 ss.; POLLOCK, *op. cit.*, p. 219 ss.; *Restatement*, I, cit., p. 66 ss.; SCHUSSERL, *op. cit.*, p. 13; PROSSER, *False imprisonment: consciousness of confinement*, in *Col. law rev.*, 1955, p. 847 ss.; FRIDMAN, *Compensation of the innocent*, cit., p. 482; WRIGHT, *op. cit.*, p. 40 ss.; COLYER, *op. cit.*, p. 132; GREGORY e KALVEN, *op. cit.*, p. 927; STREET, *op. cit.*, p. 23 e p. 73; WINFIELD e JOLOWICZ, *op. cit.*, p. 35 ss.; HOPT, *Schadensersatz aus unberechtigter Verfahrenseinleitung*, cit., p. 13). Anche qui, d'altra parte, per poter ottenere la condanna dell'autore sulla base della *negligence*, occorrerà in ogni caso la prova dell'*actual damage* (HARPER e JAMES, *op. cit.*, p. 228).

In una categoria unitaria presentata sotto il nome di « *interference with family relations* », vengono poi fatti ricadere taluni illeciti alquanto diversi tra loro, quali l'incitamento rivolto ad una sposa affinché abbandoni il marito, l'offerta di ospitalità alla moglie fuggita di casa, e in generale la c. d. *alienation of affections* — « ... which is to say the love, society, companionship and comfort of his wife ... » — al di fuori di una scusa legittima: ad esempio,

extracontrattuale, e cioè quello dell'art. 1440 (*dolus incidens*); e modesti sono pure i risultati cui può dar luogo uno spoglio degli altri

---

separazione dei coniugi, violenza del marito, credenza del convenuto circa tale violenza, oltreché consenso del marito stesso. La responsabilità è anche esclusa se l'agente ignorava che la donna fosse sposata, se non c'era *affection,* o se l'autore dell'*interference* è uno dei genitori o un parente stretto, purché non vi sia stata da parte sua menzogna o impiego di mezzi illeciti. In tutti questi casi « there is no need to prove malice or evil motive », ma « it is necessary to allege and prove that the enticement or harbouring was knowing and wilful » (così WEDDERBURN, in CLERK e LINDSELL, *op. cit.,* p. 438). I genitori possono inoltre agire contro colui che ha incitato il loro figlio ad abbandonarli, o contro il seduttore della figlia; i figli contro chi ha indotto uno dei genitori a lasciare la famiglia. Si vedano, per qualche ragguaglio, POLLOCK, *op. cit.,* p. 224 ss.; POUND, *Individual interests in the domestic relations,* in *Mich. law rev.,* 1916, p. 177 ss.; GREEN, *Relational interests,* in *Ill. law rev.,* 1935, p. 460 ss.; LIPPMAN, *The breakdown of consortium,* in *Col. law rev.,* 1930, p. 651 ss.; Mc CORMICK, *op. cit.;* p. 393 ss. e p. 407 ss.; *Restatement of torts,* III, cit., § 683 ss.; FOSTER, *Relational interests of the family,* in *Un. Ill. law rev.,* 1962, p. 499 ss.; HART e HONORÉ, *Causation in the law,* cit., p. 176; HARPER e JAMES, *op. cit.,* p. 606 ss., specialmente p. 616; WRIGHT, *op. cit.,* p. 1112 ss.; BRANDRUP, *Comment,* in *Boston Univ. law rev.,* 1965, p. 416 ss.; PROSSER, *op. cit.,* p. 894 ss.; COLYER, *op. cit.,* p. 149 ss.; SCOTT, *op. cit.,* p. 359 ss. È sufficiente poi la negligenza, stando almeno alla tradizione, per dover rispondere dinanzi a un'azione di danni per *loss of services* di uno dei membri della famiglia (HANNIGAN, *Damages recoverable by husband for injury to wife, in Col. law rev.,* 1916, p. 122 ss.; WARREN, *Husband's right to wife's service,* in *Harv. law rev.,* 1925, p. 421); in Inghilterra, il recente *Law Reform* (*Miscellaneous Provisions*) *Act* del 1970 ha comunque eliminato le azioni per *loss of services* in caso di seduzione, rapimento, *enticement* del figlio, o di adulterio o *enticement* della moglie (quella della moglie era sempre stata ammessa a stento).

Imperniato sulla presenza della *malice* — qui, « ... a wish to injure the part rather than to vindicate the law » — è invece il tort di *malicious prosecution,* nel quale vengono ormai ricompresi taluni casi di *wrongful civil proceeding* e di *abuse of process*: si tratta cioè dell'atto di un soggetto che, elevando accuse (*indictments*) o promuovendo denunce (*informations*) destinate a rivelarsi poi infondate, oppure attraverso la richiesta ingiustificata di fallimento o di liquidazione, o col ricorso irrituale ad altri mezzi processuali, abbia creato una situazione suscettibile di portare scapito alla reputazione o al credito di un altro, o tale da metterne in pericolo la libertà, o da provocare a suo carico una procedura esecutiva o un sequestro, o comunque un danno che la vittima non aveva il dovere di subire (JENKS, *op. cit.,* artt. 975 ss.; POLLOCK, *op. cit.,* p. 315 ss.; *Restatement of torts,* III, cit., § 653 ss., specialmente §§ 668 e 676; HARPER, *Malicious prosecution, false imprisonment and defamation,* in *Tex. law rev.,* 1937, p. 157 ss.; Mc CORMICK, *op. cit.,* p. 247 e p. 381 ss.; FRIDMAN, in *Mod. law rev.,* 1963, cit., p. 483 ss.; ID.,

libri del codice civile, sia dal punto di vista quantitativo, sia per la specificità delle ipotesi considerate nelle singole norme (eccezion fatta

---

Modern tort cases, cit., p. 338 ss.; SALMOND, *op. cit.,* p. 687 ss.; MAASDORP, *op. cit.,* p. 85 ss.; HARPER e JAMES, *op. cit.,* p. 320 ss., specialmente p. 330; PROSSER, *op. cit.,* p. 852 ss.; HOPT, *op. cit.,* p. 13 ss.; SCOTT, *op. cit.,* p. 327 ss.; WRIGHT, *op. cit.,* p. 1094 ss.; FLEMING, *op. cit.,* p. 194; STREET, *op. cit.,* pp. 395-396; ARMITAGE, *op. cit.,* p. 1077; WINFIELD e JOLOWICZ, *op. cit.,* p. 487 ss.; v. anche *Motley* v. *Virginia Hardware,* 1968, in *Virg. law rew.,* 1969, p. 1416 s.). È questo, come s'è già avuto occasione di osservare, uno dei più importanti casi in cui è possibile la condanna agli *exemplary damages* (JENKS, *op. cit.,* art. 884, p. 341; *Restatement of torts,* III, cit., § 673, clause *e*; Mc CORMICK, *op. cit.,* p. 381 ss.; SCHUSSERL, *op. cit.,* p. 20), ma occorre aggiungere che il dolo può incidere anche sulla misura dei *compensatory damages* (Mc GREGOR, *On damages,* cit., p. 856).

Non più che una curiosità storica erano ormai diventate due figure vicine al ceppo dei casi ora descritti, e cioè il tort di *maintenance,* realizzato da chi avesse aiutato o appoggiato taluno nel processo civile da questi illecitamente intentato contro il *plaintiff,* e quello di *champerty,* quando tale comportamento fosse stato in più tenuto allo scopo di lucrare gli utili promessi dalla causa (JENKS, *op. cit.,* pp. 343-345; POLLOCK, *op. cit.,* p. 338; SALMOND, *op. cit.,* p. 699; COLYER, *op. cit.,* p. 216; WINFIELD e JOLOWICZ, *op. cit.,* p. 499); negli Stati Uniti essi non avevano mai preso veramente piede, e in Inghilterra il *Criminal Law Act* del 1967 li ha cancellati.

Meno generalizzato che nel caso di *malicious prosecution* è invece il risalto della *malice* nell'ipotesi fondamentale della *defamation,* con le sue due versioni del *libel,* che si ha quando il mezzo diffamatorio è costituito da scritti, stampe, disegni etc., e dello *slander,* allorché il mezzo impiegato siano state le parole (la differenza è poi che nel *libel* non è necessario che il *plaintiff* dia la prova di un danno, mentre per lo *slander* tale dimostrazione deve normalmente essere data, tranne alcune ipotesi in cui il fatto che è stato diffamatoriamente attribuito alla vittima riveste particolare gravità: cfr. PROSSER, *Libel per quod,* in *Virg. law rev.,* 1960, p. 839 ss.). L'intenzione di nuocere resta tuttavia decisiva per quel che concerne il carattere sleale o leale di un rendiconto inesatto (*fair comment*: cfr. JENKS, *op. cit.,* art. 1003, p. 352; ROBB e BROOKES, *op. cit.,* p. 223; *Restatement of torts,* III, cit., § 606; HARPER e JAMES, *op. cit.,* p. 451; WRIGHT, *op. cit.,* p. 1082 ss.; FRIDMAN, *Modern tort cases,* cit., p. 284 ss.; STREET, *op. cit.,* p. 321 ss.; GREGORY e KALVEN, *op. cit.,* p. 1133 ss.; RIESMAN, *Democracy and defamation: fair game and fair comment II,* in *Col. law rev.,* 1942, p. 1282 ss., 1288, 1308 s.; WINFIELD e JOLOWICZ, *op. cit.,* p. 282 e p. 302; DWORKIN, *op. cit.,* p. 13 s.; v. anche MAASDORP, *Delicts,* cit., p. 115; THOMAS, *The law of libel and slander,* New York, 1949, p. 7; SCHMIDT-DAHLENBURG, *Der zivilrechtliche Ehrenschutz in England im Hinblick auf gegenwärtigen und künftigen Ehrenschutz im deutschen Bürgerlichen Recht,* Bonn, 1962, p. 99 ss.), o per il venir meno del « privilegio » da cui sono coperte altrimenti le dichiarazioni rese in giudizio o in parlamento, i resoconti giornalistici delle stesse, le dichiarazioni fatte da un militare al suo superiore

per l'art. 833, in merito al quale, tuttavia, la controversia maggiore è proprio sul problema se l'*animus nocendi* sia o meno un requisito imprescindibile).

---

e le comunicazioni tra alti funzionari dello Stato, quelle emesse in risposta a una richiesta di informazioni, o nell'esercizio di funzioni pubbliche, o nell'esecuzione di un dovere privato e, in generale, nell'interesse comune (PURRINGTON, *Malice as an essential element of responsibility for defamation uttered on a privileged occasion,* in *Albany law journ.,* 1898, p. 134 ss., 149; JENKS, *op. cit.,* art. 1009, p. 356 s.; HALLEN, *Character of belief necessary for the conditional privilege in defamation,* in *Ill. law rev.,* 1931, p. 865 ss.; POLLOCK, *The law of torts,* cit., p. 268; EVANS, *Legal immunity for defamation,* in *Minn. law rev.,* 1940, p. 607 ss.; HARNETT e THORNTON, *The truth hurts: a critique of a defense to defamation,* in *Virg. law rev.,* 1949, p. 425 ss.; HARPER e JAMES, *op. loc. ult. cit.*; PROSSER, *op. cit.,* pp. 821-822; E. C. S. WADE, *Defamation,* in *Law quart. rev.* 1950, p. 348 ss., 350; STAUDINGER-COING, *Kommentar,* I, cit., p. 1189; WINFIELD e JOLOWICZ, *op. cit.,* p. 285 ss.; STREET, *op. cit.,* p. 310 ss.; ARMITAGE, *op. cit.,* p. 1025 ss.; NOEL, *Defamation of public officers and candidates,* in *Col. law rev.,* 1949, p. 875 ss.; *Elder* v. *Holland,* 1967, riferito da EMROCH, in *Virg. law rev.,* 1967, p. 1856; Note, *Protecting the subjects of credit reports,* in *Yale law journ.,* 1970-71, p. 1035 ss., 1049 ss.). Nel caso in cui la condotta diffamatoria sia stata particolarmente riprovevole, è sempre possibile un aggravamento della responsabilità (Mc GREGOR, *On damages,* cit., p. 872 ss.), a parte la sicura condanna per gli *exemplary damages* (JENKS, *op. cit.,* art. 1014, p. 361; *Restatement,* cit., III, § 616, comment *b* e § 621, comment *c*; Mc CORMICK, *op. cit,* p. 280, nota 1; HARPER e JAMES, *op. cit.,* p. 469; CADIFF-KATZ-DA PONTE, *op. cit.,* p. 395), mentre, ove manchi l'intenzione di nuocere, lo stesso ammontare del risarcimento eventualmente dovuto può essere ridotto (JENKS, *op. cit.,* art. 1015, p. 362; Mc CORMICK, *op. cit.,* p. 433; ARMITAGE, *op. cit.,* p. 1000; STREET, *op. cit.,* p. 327). Anche dopo il *Defamation Act* del 1952, una rilevanza cospicua della buona fede è rimasta in Inghilterra, giacché l'*unintentional defamation* (s. 4 della legge, su cui SCOTT, *op. cit.,* p. 326; CHAPMAN, *Statutes,* cit., p. 288; HEUSTON, in SALMOND, *op. cit.,* p. 364 ss. e pp. 382-383; P. S. JAMES, *Introduction, cit.,* p. 344; Mc GREGOR, *op. cit.,* p. 896; FLEMING, *op. cit.,* p. 199, nota 1; LLOYD of HAMPSTEAD, *The law and the press,* in *Curr. leg. probl.,* 1966, p. 43 ss.; ARMITAGE, *op. cit.,* pp. 37-38) è trattata assai diversamente dalla diffamazione dolosa, e sullo stesso piano della responsabilità civile — nei casi in cui questa è possibile in assenza di *malice* — essa dà luogo comunque ad un minor carico risarcitorio (SAMUELS, *Problems of assessing damages for defamation,* cit., p. 72; LLOYD, *Reform of the law of libel,* in *Curr. leg. probl.,* 1952, 168 ss., 182; SCHMIDT-DAHLENBURG, *op. cit.,* p. 102 s.; cfr. anche, per gli Stati Uniti, PAINTER, *Republication problems in the law of defamation,* in *Virg. law rev.,* 1961, p. 1131 ss., 1163; Note, *Liability for misstatements by credit-relating Agencies, ivi,* 1957, p. 561 ss., 575). Se *innocent,* il distributore della pubblicazione diffamatoria è d'altra parte esentato dalla responsabilità (*Vizetelly* v. *Mudie's Select library Ltd,* 1900, in SCOTT, *op. cit.,* p. 304).

Per allungare convenientemente la lista, sarebbe necessario addentrarsi in una lettura minuziosa di altri codici, o addirittura di

---

Talvolta, anche l'azione di *private nuisance* — con la quale è possibile reagire contro un uso della cosa, da parte del proprietario, tale da diminuire il godimento della cosa altrui — risulta concessa alla vittima pur mancando gli estremi oggettivi della sua esperibilità, ad esempio l'intollerabilità dell'immissione, in quanto esisteva la prova che il danneggiante aveva agito deliberatamente. Si vedano soprattutto *Christie* v. *Davey,* (1893), su cui COLYER, *op. cit.,* p. 198, oppure SCOTT, *op. cit.,* p. 103, o ancora FRIGNANI, *L'injunction,* op. cit., p. 89; *Bradford* v. *Pickles,* (1895), in WRIGHT, *op. cit.,* p. 932, o in WINFIELD e JOLOWICZ, *op. cit.,* pp. 340-341, o in WALTON, *La responsabilité délictuelle,* cit., p. 63 o in HOPT, *op. cit.,* p. 17; e *Hollywood Silver Fox Farm Ltd.* v. *Emmet,* (1936), su cui P. S. JAMES, *op. cit.,* p. 347, oppure ARMITAGE, *op. cit.,* p. 35, o infine STREET, *op. cit.,* p. 222. Con riferimento agli Stati Uniti, ampi richiami giurisprudenziali in PROSSER, *op. cit.,* p. 25; e si veda il *Restatement of torts,* IV, cit., § 829. Per un parallelo con il ruolo che la *malice* svolge nella *defamation,* HEUSTON, in SALMOND, *op. cit.,* p. 190. In generale, FRIDMAN, *Malice in the law of torts,* cit., pp. 493-494; ROBB e BROOKES, *op. cit.,* p. 175; FLEMING, *op. cit.,* p. 189 e p. 217. Sui collegamenti rispetto al § 226 BGB, STAUDINGER (-COING), *op. cit.,* pp. 1188-1189. Tra le pronunce più recenti delle corti, *Grandel* v. *Mason* (1953) 3 D. L. R. 65; *Stoakes* v. *Bridges* (1958) 32 Austral. L. J. 205; *Rattray* v. *Daniels* (1959) 17 D. L. R. (2d) 134: e per un loro commento, ELLIS LEWIS e YALE, in CLERK e LINDSELL, *On torts,* cit., pp. 787-788.

Salmond ha inventato la categoria unitaria dell'*injurious falsehood* per raggruppare una serie di comportamenti che altri riporta invece sotto le pur diffuse etichette di *disparagement of property, slander of goods,* o *trade libel,* oppure *slander of title*: a rientrarvi, sono gli atti di chi falsamente, e con l'intento di nuocere, denigra la qualità degli oggetti altrui, esprime apprezzamenti sfavorevoli sul commercio o sugli affari di un terzo, nega il diritto di qualcuno su beni mobili e marchi, ne contesta la proprietà letteraria, concessioni, licenze, diritti di sfruttamento minerario etc. I « privilegi » — ossia le cause di giustificazione — sono tendenzialmente gli stessi della *defamation,* ed è discusso se in assenza di *privilege,* la prova di *bad purpose* sia proprio necessaria: ma l'opinione affermativa è forse ancor oggi prevalente, benché sia l'altra quella accolta nel *Restatement of torts* (§ 625). Quasi tutti concordano, ad ogni modo, nel richiedere la consapevolezza della falsità, donde l'esclusione della responsabilità in caso di buona fede, sia pur colposa: così, in particolare, PROSSER, *op. cit.,* p. 945; ma si vedano altresì J. SMITH, *Disparagement of property,* in *Col. law rev.,* 1913, p. 13 ss.; POUND, *Equitable relief against defamation,* in *Harv. law rev.,* 1915-16, p. 640 ss., 658 s.; POLLOCK, *op. cit.,* p. 309; JENKS, *op. cit.,* p. 295 ss.; WOOD, *Disparagement of title and quality,* in *Can. Bar rev.,* 1942, p. 296 ss.; NEWARK, *Malice in actions on the case for words,* in *Law quart. rev.,* 1944, p. 366 ss.; HARPER e JAMES, *op. cit.,* p. 479 (necessità del dolo almeno per i casi in cui il *defendant's statement* sia coperto da un *conditional privilege*; così lo stesso *Restatement,* III, cit., § 644);

alcune leggi speciali — e s'intende come ciò sia più impegnativo, e possa venire trascurato —; oppure occorrerebbe spingersi ad un

---

CHAPMAN, *op. cit.*, p. 287; P. S. JAMES, *op. cit.*, p. 358 s.; ancora PROSSER, *Injurious falsehood: the basis of liability*, in *Col. law rev.*, 1959, p. 425 ss., 437-438; SALMOND, *op. cit.*, p. 655 ss.; ARMITAGE, *op. cit.*, p. 39 (« If bona fides is established, no action will lie ») e p. 1052 ss.; MILLNER, *op. cit.*, p. 67 ss.; ROBB e BROOKES, *op. cit.*, p. 229; COLYER, *op. cit.*, p. 173; HART e HONORÉ, *op. cit.*, p. 176 ss.; BOCK, *Die Grenzen der Superlativreklame*, cit., p. 143; SCOTT, *op. cit.*, p. 331 ss.; WRIGHT, *op. cit.*, p. 1143 ss.; FLEMING, *op. cit.*, p. 218 ss.; ID., nel vol. *Die Haftung der Massenmedien*, cit., p. 60; DWORKIN, *op. cit.*, p. 25; STREET, *op. cit.*, p. 357 (« ... the cases decided during the last sixty years have so uniformely insisted on the need for the plaintiff to prove malice, that the former view... is no longer tenable »). Notevoli le differenze che vengono poste in rilievo rispetto allo *slander* in senso stretto: in quest'ultimo si è infatti dinanzi ad un *tort per se*, dov'è il convenuto a dover provare la verità del fatto diffamatorio, in cui l'azione è intrasmissibile sul piano attivo e passivo, e dev'essere stata lesa la reputazione personale; nell'*injurious falsehood*, non solo quest'ultimo elemento manca, ma l'azione è trasmissibile, occorre l'*actual damage*, ed è il *plaintiff* a dover provare la falsità.

Altro campo in cui la responsabilità mostra di essere controllata tendenzialmente dal dolo — sotto il cui segno sono venute raccogliendosi unitariamente, nel corso degli ultimi decenni, casi un tempo riferiti ad altri *torts* e nuove ipotesi di danno prima sconosciute — è poi quello dell'*infliction of mental distress*: una categoria parzialmente diversa rispetto a quella continentale dei danni morali, giacché a rientrarvi sono anche situazioni di vera e propria lesione fisica, come turbe mentali, *shock*, disturbi emotivi etc. È negli Stati Uniti che si è avuto, nel contempo, l'iniziativa più efficace delle corti e il dibattito più fervido in dottrina: il lavoro fondamentale al riguardo — non tanto per aver schiuso direttamente nuovi orizzonti, quanto per aver dato sistemazione a una casistica già allora vastissima — è quello del giudice MAGRUDER, *Mental and emotional disturbance in the law of torts*, in *Harv. law rev.*, 1936, p. 1003 ss.; tra i contributi precedenti si possono ricordare BOHLEN, *Right to recover for injury resulting from negligence without impact*, in *Am. law reg.*, N. S., 1902, p. 141 ss.; THROCKMORTON, *Damages for fright*, cit., p. 260 ss.; GOODRICH, *Emotional disturbance as legal damage*, in *Mich. law rev.*, 1922, p. 487 ss.; BOHLEN e POLIKOFF, *Liability in New York for the phisical consequence of emotional disturbance*, in *Col. law rev.*, 1932, p. 409 ss.; GREEN, « *Fright* » *cases*, in *Ill. law rev.*, 1933, p. 761 ss.; HALLEN, Hill *v.* Kimball - *A milepost in the law*, in *Tex. law rev.*, 1933, p. 1 ss. L'evoluzione progressiva di questo *new tort* — come lo chiama PROSSER, *Intentional infliction of mental suffering: a new tort*, in *Mich. law rev.*, 1939, p. 874 ss. — avviene attraverso il superamento della resistenza delle corti ad ammettere l'esistenza di un'*emotional disturbance* in mancanza di prove quali quelle offerte da indici esteriori della stessa, in particolare il contatto fisico fra danneggiante e vittima: si passa dunque dal riconoscimento per

esame accurato della giurisprudenza, la quale appare già una fonte meno solida, e soprattutto è avvezza a presentare i vari fenomeni di

---

l'*emotional disturbance* successiva a una lesione corporale, a quello per l'*e. d.* senza previo scontro ma che origina successivamente una lesione fisica al soggetto, sino a quello per l'*e. d.* in quanto tale e scompagnata da *bodily harm*; ed è proprio su quest'ultimo terreno che l'*intention* e la *malice* — in svariate e discusse sfumature — sembrano anzi essere riuscite a difendere con maggior successo la propria esclusività. Cfr. Mc CORMICK, *op. cit.*, p. 319 ss.; le decisioni riportate in *Virg. law rev.*, 1951, p. 1161; ancora BOHLEN, *Fifty years of torts*, cit., p. 732 ss.; HARPER e Mc NEELY, *A re-examination of the basis for liability for emotional disturbance*, in *Wis. law rev.*, 1938, p. 426 ss.; *Restatement of the law of torts*, Supp., 1948, § 46, comment *g*; HARPER e JAMES, *op. cit.*, p. 665 ss. Con particolare riferimento all'*emotional disturbance* conseguente a un'offesa o ingiuria, WADE, *Tort liability for abusive and insulting language*, in *Vand. law rev.*, 1951, p. 63 ss.; BORDA, *One's right to enjoy mental peace and tranquillity*, in *Geo. law journ.*, 1939, p. 55 ss.; e ancora PROSSER, *Insult and outrage*, in *Col. law rev.*, 1956, p. 40 ss. Per l'Inghilterra, dove la casistica è tuttavia assai meno ricca, e modesto anche l'interesse dottrinario, CHARLESWORTH, *On negligence*, cit., p. 578 s.; HEUSTON, in SALMOND, *op. cit.*, p. 211 ss.; WRIGHT, *op. cit.*, p. 22 ss. Da ultimi, in generale, GREGORY, e KALVEN, *Cases and materials*, cit., p. 974 ss.; ATIYAH, *Accidents*, cit., p. 58 ss.

Nell'orbita del *procuring* — o *inducing* — *breach of contract* si iscrivono invece i vari tipi di comportamento che violano l'altrui diritto di credito, tanto nella forma della complicità o dell'incitamento del debitore alla rottura del vincolo obbligatorio, quanto nella diretta lesione dell'altrui diritto alla prestazione pattuita (ad esempio, uccisione del debitore): e la conclusione sull'insufficienza della *negligence* è motivata abitualmente in base ad argomenti causalistici, oppure ponendosi in rilievo l'inesistenza di *duty of care* nei confronti del creditore, o ancora l'opportunità di evitare un carico risarcitorio altrimenti eccessivo. In argomento allora — ed anche per la segnalazione delle zone di contatto con l'area del tort di *negligence* — SAYRE, *Inducing breach of contract*, cit., p. 663 ss., 672 s.; CARPENTER, *Interference with contractual relations*, cit., p. 728 ss.; JENKS, *op. cit.*, p. 326 ss.; POLLOCK, *op. cit.*, p. 339 ss.; HARPER, *Interference with contractual relations*, in *N. W. Un. law rev.*, 1953, p. 873 ss.; SEAVEY, *Cogitations*, cit., p. 18; Note, *Tortious interference with conduct of a business*, in *Yale law journ.*, 1946-47, p. 885 ss.; STREET, *op. cit.*, p. 335 e p. 339 (« A negligent interference with a contract does not constitute this tort »); HARPER e JAMES, *op. cit.*, p. 491 (ove anche il riassunto del *leading case Lumley* v. *Gye*, 1853); P. S. JAMES, *Introduction*, cit., p. 355; FRIDMAN, *Modern tort cases*, cit., p. 329 ss.; Mc GREGOR, *op. cit.*, p. 87 ss.; WRIGHT, *op. cit.*, p. 1124 ss. (al quale si rinvia per *Thomson* v. *Deakin*, 1952); FLEMING, *op. cit.*, p. 220 ss. (« Although malice is no longer required, intent to strike at the plaintiff remains essential for the good reason that otherwise freedom of manoeuvre would be unduly courtailed »). Anche la tradizionale eccezione — responsabilità per ferimento colposo del *servant*, nei confronti

rilevanza del dolo come dirette applicazioni di quell'art. 2043 che è proprio il testo-base dell'equivalenza.

---

del *master,* che subisce così una *loss of services* — è ormai stata attaccata e cancellata (già Huffcut, *Interference with contracts and business in New York,* in *Harv. law rev.,* 1904-05, p. 423 ss.; e poi Guest, *Crown servants,* in *Can. Bar rev.,* 1956, p. 598 ss.; Seavey, *Liability to master for negligent harm to servant,* in *Wash. Un. law rev.,* 1956, p. 309; v. anche Tedeschi, *La tutela aquiliana,* cit., p. 595 ss.).

Vicino a quello ora descritto, ma con una tradizione di autonomia anche maggiore e ormai bicentenaria, è poi il tort di *intimidation,* che consiste non già in una pressione indebita sul *plaintiff,* quanto nel costringere qualcuno, dietro minaccia di compiere a suo danno un atto illecito, a fare o ad astenersi dal fare qualcosa che arreca offesa o pregiudizio ad una terza persona. Caso classico — *Tarleton* v. *M'Gawley* (1793), in Beale, *Recovery for consequences of an act,* cit., p. 86 — è quello del commerciante che spara una cannonata su una canoa di indigeni africani per dissuadere questi ultimi ad entrare in trattativa d'affari con qualcuno; il *boom* di questo *tort* è però avvenuto quando si è cominciato ad ammettere che la minaccia rilevi non soltanto se ha per oggetto una violenza, ma altresì « any unlawful action including statutory misdemeanours and even breaches of contract » (Fleming, *op. cit.,* p. 224). In proposito, per tutti, Pollock, *op. cit.,* p. 321 ss.; Salmond, *op. cit.,* p. 669; Fridman, *op. ult. cit.,* p. 307 ss.; Scott, *op. cit.,* p. 348 ss.; Millner, *op. cit.,* p. 71; Winfield e Jolowicz, *op. cit.,* p. 463 ss. Recentemente, l'interesse si è riacceso con *Rookes* v. *Barnard* (1964), caso di tre ufficiali della B.O.A.C. che minacciavano la società di promuovere uno sciopero se un impiegato non sindacalizzato non fosse stato licenziato: la letteratura al riguardo è già assai vasta, e basterà qui ricordare Wedderburn, *Intimidation and the right to strike,* in *Mod. law rev.,* 1964, p. 257 ss.; Id., in Clerk e Lindsell, *op. cit.,* p. 396 ss.; L. H. Hoffmann, Rookes *v.* Barnard, in *Law quart. rev.,* 1965, p. 116 ss.; Hughes, *Liability for loss caused by industrial action, ivi,* 1970, p. 193 ss.; P. S. James, *op. cit.,* p. 357; N. Lewis, *Strikes and the contract of employment,* in *Journ. of busin. law,* 1968, p. 24 ss., 28 ss.

È stato messo in dubbio da taluno (ad esempio, Salmond, *op. cit.,* p. 672) se e fino a che punto possa davvero riconoscersi l'indipendenza rispetto all'*intimidation* di un'altra antica e notissima figura, quella cioè del tort di *conspiracy*: ma è rimasta prevalente la conclusione favorevole al mantenimento di questa autonomia, ravvisata nel fatto di una pluralità (necessaria) di soggetti i quali ordiscono tra loro un piano, comprensivo o meno di intimidazioni, allo scopo di recare pregiudizio ad un terzo. Così, infatti, nei famosi *The Mogul case* (1892), *Allen* v. *Flood* (1898), e nel già ricordato *Quinn* v. *Leathem* (1901), tutti proprio in Salmond, *op. cit.,* p. 673. Ma sulle varie questioni, e per il richiamo ad altre pronunce, cfr. già Ames, *How far an act may be a tort,* cit., p. 418; ed ora Hart e Honoré, *op. cit.,* p. 173; Fridman, *op. ult. cit.,* p. 312 ss.; Colyer, *op. cit.,* p. 186; Scott, *op. cit.,* p. 353 ss.; Millner, *op. cit.,* p. 175; Chapman, *op. cit.,* p. 304 ss.; Mc Gregor, *op. cit.,* p. 893; Wedderburn, *The right to threaten strikes,* in *Mod. law rev.,* 1961,

3. Non è d'altronde solo questo, e cioè il dato di una sparsa collocazione nella legge, a diminuire agli occhi degli interpreti la rico-

---

p. 572 ss.; Id., in Clerk e Lindsell, *op. cit.,* p. 413 ss.; Winfield e Jolowicz, *op. cit.,* p. 471; Hopt, *op. cit.,* p. 19; Cameron, *Conspiracy and intimidation: an anti-metaphysical approach,* in *Mod. law rev.,* 1965, p. 448 ss.; Hughes, *op. cit.,* p. 197. Sull'*Industrial Relations Act* del 1971, Street, *op. cit.,* p. 348; per qualche altro riferimento Leigh, in *Mod. law rev.,* 1975, p. 320 ss.

Per fedeltà alla sistematica preferita dalla maggioranza degli autori — almeno inglesi — si è preferito accennare separatamente alle figure dell'*injurious falsehood,* del *procuring breach of contract,* dell'*intimidation* e della *conspiracy*: altri ne trattano invece come altrettante voci in cui si scompone una categoria unitaria entrata nel linguaggio abituale da qualche decennio, e che porta in effetti nomi diversi, tra i quali il più corrente è forse quello di *interference with economic relations* (o *interests*). Sotto questo segno, oltre ai *torts* già menzionati, vengono allora riportati innanzi tutto i casi di *interference with prospective advantage,* come le ipotesi di lesione di un'aspettativa, anche al di fuori del campo successorio, o di privazione di una *chance* (si vedano gli esempi del *Restatement* offerti *retro,* Cap. IV, nota 6; e comunque Mc Cormick, *op. cit.,* § 31; Evans, *Torts to expectancies in decedent's estates,* in *Un. of Pennsylv. law rev.,* 1944, p. 187 ss.), e in generale ogni sorta di comportamento violento, intimidatorio, diffamatorio o fraudolento che provochi nel *plaintiff* la perdita di un possibile guadagno futuro (così Harper e James, *op. cit.,* p. 513, i quali definiscono « aberranti » le soluzioni in cui la responsabilità fu ammessa dinanzi alla mera negligenza; cfr. pure Prosser, *op. cit.,* pp. 976-978; Millner, *op. cit.,* pp. 71-72). Si aggiungono poi le svariate forme di *unfair competition,* in cui ritornano nomi e figure già note, con la differenza che autore del comportamento è questa volta un concorrente economico della vittima: ossia denigrazione della merce o dei suoi metodi di lavoro (Nims, *Unfair competition by false statements or disparagement,* in *Corn. law quart.,* 1933, p. 63 ss.), diffamazione della persona dell'avversario, *intimidation, conspiracy,* storno dei dipendenti; e ancora sviamento dei clienti, parassitismo e imitazione servile (Weikwart, *Design privacy,* in *Ind. law journ.,* 1944, p. 235 ss.; Evans, *Passing-off and the problem of product simulation,* in *Mod. law rev.,* 1968, p. 642 ss.), contraffazione dei marchi, trattativa iniziata allo scopo di nuocere e poi interrotta (*Restatement of torts,* III, cit., § 709), pubblicità menzognera (Handler, *False and misleading advertising,* in *Yale law journ.,* 1929, p. 22 ss.; Callmann, *False advertising as a competitive tort,* cit., p. 876 ss.), violazione di un segreto o della legge *anti-trust,* rifiuto a contrarre (già Holmes, *Privilege, malice and intent,* cit., pp. 7-8), boicottaggio (già Wigmore, *The boycott and kindred practices as ground for damages,* in *Am. law rev.,* 1887, p. 509 ss.; e poi Kales, *Coercive and competitive methods in trade and labor disputes,* in *Corn. law quart.,* 1922, p. 1 ss. e p. 128 ss.; Kovarsky, *A social and legal analysis of the secondary boycott,* in *Or. law rev.,* 1956, p. 71 e p. 223 ss.; Lesnick, *The gravamen of the secondary boycott,* in *Col. law rev.,* 1962, p. 1363 ss.). Vengono infine

noscibilità degli illeciti di dolo [24]; anche là dove non manca una percezione della loro materiale esistenza, sul giudizio e sull'attenzione

---

in rilievo le attività dei sindacati che integrino gli estremi della *conspiracy* o del boicottaggio, o che siano dirette alla persecuzione di un imprenditore o di un salariato, all'organizzazione di manifestazioni violente o intimidatorie, di un ammutinamento in mare, o che si esprimano nel picchettaggio, nel « sit-down » sul posto di lavoro, nell'ostruzione di una pubblica via e così di seguito (la letteratura è ovviamente enorme, e si rinvia quindi ai vari contributi di Sayre, Nelles, Kales, Eskin, Burdick, Warm, Larson, Hellerstein, Feinberg, Armstrong, Cox, Barnard e Graham, Daykin, Lesnick, Tanenhaus).

Come si vede, tirando le fila del discorso, il quadro non è certo trascurabile, tenendo conto anche di quel che s'è già detto per quanto concerne la rilevanza del dolo sulla causalità (*retro,* Cap. II, nota 49 e ss.), sui *punitive damages* (Cap. III, nota 12), sui *compensatory damages* (Cap. III, nota 2), sugli *aggravated damages* (Cap. III, nota 5). Sul rilievo della frode in relazione al *right of distress,* v. inoltre YALE, in CLERK e LINDSELL, *op. cit.,* p. 725; e per quello della *malice* sull'*occupier's liability* nei confronti di un *trespasser, infra,* Cap. X, nota 120 e Cap. XI, nota 77. Occorre infine ricordare che una forma aggravata di responsabilità — la quale importa, tra l'altro, la condanna agli *exemplary damages,* un maggior carico di *compensatory damages,* il venir meno di ogni *defense of ordinary contributory negligence,* la soggezione per il *trespasser* o per il *gratuitous licensee* ad un atto colposo del proprietario — si ha con la c. d *wilful, wanton or reckless conduct,* ravvisabile nell'ipotesi in cui « the actor has intentionally done an act of unreasonable character in disregard of a risk known to him or so obvious that he must be taken to have been aware of it, and so great as to make it highly probable that harm would follow » (così PROSSER, *op. cit.,* p. 188 e p. 436; si vedano anche gli autori citati *retro,* Cap. V, note 62 e 63; ma per i riflessi pratici qui menzionati, cfr. ulteriormente BAUER, in *Un. of Pennsylv. law rev.,* 1933, p. 586 ss. e 1934, p. 583 ss.; WILLIS, *Measure of damages,* cit., p. 422; *Restatement of torts,* II, cit., § 482, p. 1261 ss.; Mc CORMICK, *op. cit.,* p. 280; CHARLESWORTH, *op. cit.,* p. 581; PROSSER, *Private action for public nuisance,* in *Virg. law rev.,* 1966, p. 997 ss., 1025; JAMES, *Contributory negligence,* cit., p. 710; LIVNEH, *Factors determining the amount of damages,* cit., p. 192; HART e HONORÉ, *op. cit.,* p. 133).

[24] La « distrazione » dei nostri interpreti riesce d'altronde meno sorprendente o imperdonabile, se si pensa che uno scrittore pur attento come HORN ha potuto affermare — riferendosi al § 276, 2° comma, sulla nullità del patto di esonero per il dolo — che « der Vorsatz erhält im Privatrecht erst auf Grund dieser Rechtsgrundsätze seine Bedeutung, da in allen übrigen Fallen die objektive Verletzung der Sorgfaltspflicht zur Haftung genügt » (*Untersuchungen zur Struktur der Rechtswidrigkeit,* cit., p. 153): e lo stesso potrebbe ripetersi per certi passaggi di autori quali MANIGK, *Das rechtswirksame Verhalten,* cit., p. 92; OFTINGER, *Schweizerisches Haftpflichtrecht,* cit., p. 141; REHFELDT, *Einführung,* cit., p. 222; WIETHÖLTER, *Der Rechtfertigungsgrund,* cit., p. 17; AMTMANN, *Vereinbarte Ausschliesslichkeitsrechte,* cit., p. 65; Eike

dottrinaria pesano sovente altri fattori: i quali, perché offuscano lo spicco della necessità del dolo, o in quanto attenuano il risalto dell'elemento responsabilità, contribuiscono a mantenere molte di queste figure entro un alone di convenzionalità o di oscurità.

Nel primo senso, e con indubbia efficacia, opera ad esempio il motivo dell'equiparazione al dolo della colpa grave; ossia il fatto che anche la responsabilità civile — come altri istituti del diritto privato — conosca e utilizzi un criterio intermedio fra la colpa e il dolo: un criterio con il nome e la sostanza della prima, col trattamento giuridico proprio del secondo, e che assume dunque la veste di ponte tra la regola dell'equivalenza e l'eccezione del rilievo accordato alla sola malizia.

E in effetti, limitandoci all'illecito, non mancano nel nostro ordinamento disposizioni che parlano espressamente di responsabilità per « dolo o colpa grave » (ad esempio, l'art. 2236 cod. civ., l'art. 60 cod. proc. civ., gli artt. 21 e 22 del T.U. 10 gennaio 1937, n. 3), altre in cui si trovano parificate « malafede e colpa grave » (art. 96, 1° comma, cod. proc. civ.), mentre alcune pongono direttamente nella colpa grave il limite per il sorgere dell'obbligo (artt. 935, 1° comma e 939, 3° comma cod. civ.; art. 2864, 1° comma cod. civ.; art. 491 cod. civ.; art. 64, 2° comma cod. proc. civ.; art. 382, 2° comma, cod. proc. pen.); qui, la sola lettura della norma è in grado di rassicurare lo studioso che l'infrazione al dogma generale è meno seria di quanto occorrerebbe per costringere a rivedere quest'ultimo [25].

In altri casi — ad esempio in quelli contemplati dagli artt. 55 e 74 cod. proc. civ., o nella responsabilità per calunnia e diffamazione — l'equiparazione non è invece prevista dalla legge, o non appartiene alle tradizioni o alla pratica della giurisprudenza; ma il ricordo del passo romanistico « *lata culpa dolo aequiparatur* » — nella mente e nelle orecchie degli interpreti — è abbastanza forte per togliere anche ad essi ogni apparente originalità. E ciò al di là

SCHMIDT, *Grundlagen des Haftungs- und Schadensrechts,* cit., p. 498; MERTENS-REEB, *Grundfälle,* cit., 1971, p. 39; HANAU, *Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit,* cit., p. 110.

[25] A parte la spinta psicologica a concludere che « since recklessness is equated with intention on the one hand, and with negligence on the other, then intention is also be equated with negligence » (così DIAS, in CLERK e LINDSELL, *On torts,* cit., p. 456, che mette appunto in guardia contro simili tentazioni).

del fondamento razionale che si assegna a quest'assimilazione: sia che si sottolinei cioè la difficoltà di distinguere, in maniera sufficientemente netta, gli atti dolosi da quelli gravemente colposi [26]; sia che ci si richiami ai disagi cui andrebbe incontro, sul terreno processuale, chi fosse costretto a provare solo il dolo [27]; sia che si veda nella colpa grave l'indice di una così scarsa preoccupazione per gli interessi altrui, da meritare di essere colpita con la stessa severità con cui è punito il dolo [28]. I dubbi sul tipo di giustificazione da adottare non valgono a mutare l'opinione che sia quello un principio generale, operante tuttora nel sistema [29]; e insieme ad essa dunque la certezza che, per

---

[26] ROBLOT, *De la faute lourde en droit privé français,* cit., p. 5 s.

[27] TOULLIER, *Le droit civil français,* XI, cit., p. 166; STUBENRAUCH, *Commentar,* II, cit., p. 689; PIRSON-DE VILLÉ, *Traité,* I, cit., p. 170 (« ... il faut éviter que celui qui a commis un dol n'objecte pour échapper aux conséquences de sa malignité: 'je suis peut-être un imbécile, mais je ne suis pas un méchant' »: così già ZEILLER, *op. cit.,* III, 2, p. 297; NIPPEL, *op. cit.,* VIII, 1, cit., p. 102 e p. 185); P. ESMEIN, *Les clauses de non responsabilité,* in *Rev. trim. droit civ.,* 1926, p. 322; ID., in AUBRY e RAU, *Droit civil français,* VI, cit., p. 432; GROSSFELD, *Die Privatstrafe,* cit., p. 116; Simone DAVID, *Responsabilité civile et risque professionnel,* cit., p. 239; GORPHE, *Le principe de la bonne foi,* cit., p. 129; GSCHNITZER, *Schuldrecht. Besond. Teil,* cit., p. 150; LUPOI, *Il dolo,* cit., p. 508, nota 83; ancora P. ESMEIN, in PLANIOL-RIPERT, *op. cit.,* VI, 1, p. 696; BRIÈRE DE L'ISLE, *La faute intentionnelle,* cit., p. 261.

[28] REGELSBERGER, *Pandekten,* I, cit., p. 653; HASENÖHRL, *Österreichisches Obligationenrecht,* II, cit., p. 156; DERNBURG, *Das bürgerliche Recht,* II, 1, cit., p. 162; WALTON, *Motive as an element in torts,* cit., p. 501; DE PAGE, *Traité,* II, cit., p. 1019, nota 7; GSCHNITZER, *Schuldrecht,* cit., p. 150 (« Auch ist es oft leichter, einen Saulus zum Paulus zu bekehren, als den Indolenten aus seiner Gleichgültigkeit aufzurütteln »); NGUYEN THANH-BOURGEAIS, *Contribution à l'étude de la faute contractuelle,* cit., p. 514.

[29] Nella letteratura più antica, PUCHTA, *Institutionen,* II, cit., p. 374; ID., *Vorlesungen,* II, cit., p. 95 ss.; EINECCIO, *Elementa juris civilis secundum ordinem Pandectarum,* I, cit., p. 262; ARNDTS, *Pandette,* I, cit., p. 153; SCHEURL, *Lehrbuch der Institutionen,* cit., p. 243; v. KIRCHSTETTER, *Commentar,* cit., p. 568; FERRINI, *Delitti e quasi-delitti,* cit., p. 739; UNGER, *System,* II, cit., p. 241; LAURENT, *Principii,* XX, cit., p. 402; SOURDAT, *op. cit.,* I, p. 95 e p. 659.

In questo secolo, per la Francia, PLANIOL, *Traité élémentaire,* II, cit., p. 264; JOSSERAND, *Cours,* II, cit., p. 232; ID., *De l'abus des droits,* cit., p. 54; GORPHE, *Le principe,* cit., p. 105 e p. 142; HÉMARD, *Droit civil,* II, cit., p. 149; P. ESMEIN, *Note,* in *Sirey,* 1933, I, p. 289; ID., *Trois problèmes,* cit., p. 330; MARKOVITCH, *La théorie de l'abus des droits,* cit., p. 143; H. MAZEAUD, *Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle,* cit.,

quanto spostata in avanti, la soglia della responsabilità non si trova neppur qui troppo distante dal limite consueto [30].

A ciò sfugge forse solo chi prospetta la colpa grave come coscienza del danno, senza intenzione di arrecarlo, il dolo come *animus nocendi,* e giustifica l'equiparazione con l'esigenza di superare l'angustia dei risultati cui darebbe luogo l'applicazione del solo secondo termine [31]; concezione facilmente criticata, tuttavia, oltre che per la ristrettezza della nozione di dolo, soprattutto per l'esclusione dall'ambito della *culpa lata* della negligenza grossolana, ossia proprio di ciò che ne rappresenta il contenuto più classico [32]. D'altra parte, anche

---

p. 665; ID., *La responsabilité civile du vendeur-fabricant,* in *Rev. trim. droit civ.,* 1955, p. 619; DELYANNIS, *La notion,* cit., p. 122; BOITARD, in *Rev. trim. droit civ.,* 1944, p. 253. Quanto alla giurisprudenza, richiami in RIPERT, *La règle morale,* cit., p. 169 e in LUPOI, *Il dolo,* cit., p. 176; v. anche POPESCO-ALBOTA, *Le droit d'option,* cit., p. 112.

Per il Belgio, PIRSON-DE VILLÉ, *Traité,* I, cit., p. 62; DEKKERS, *Précis,* II, cit., p. 74; giurisprudenza in RUTSAERT, *Le fondement,* cit, p. 97.

Per l'Italia, ad esempio, GIORGI, *Obbligazioni,* V, cit., p. 349; SCIALOJA, *Negozi giuridici,* cit., p. 363; DISTASO, *Le obbligazioni,* cit., p. 511; DE CUPIS, *Sulla determinazione del risarcimento nell'ipotesi di colpa grave del debitore,* in *Foro it.,* 1957, I, c. 389 ss., ora nel volume *Teoria e pratica del diritto civile,* 2ª ed., Milano, 1966, p. 555 ss.; ID., *Il danno,* I, cit., p. 251, nota 142; MAIORCA, *Colpa civile,* cit., p. 575. Si vedano pure PIETROBON, *L'errore,* cit., p. 204; LUPOI, *op. cit.,* p. 508; e, sul terreno dell'art. 1892 cod. civ., l'accurata ricostruzione della VISINTINI, *La reticenza,* cit., p. 51 ss. Recentemente, ancora DE CUPIS, *Il problema giuridico del « quantum respondeatur »,* cit., p. 520. Da ultimo, EÖRSI, *The validity of clauses excluding or limiting liability,* in *Am. journ. comp. law,* 1975, p. 215 ss., 218.

Per l'Austria, K. WOLFF, *Verbotenes Verhalten,* cit., p. 232; ID., in KLANG, *Commentar zum ABGB,* VI, cit., p. 124; ELDBACHER, *Wandel und Krise,* cit., p. 89.

Per la Germania, Hermann LANGE, *Begrenzung der Haftung,* cit., p. 36; v. CAEMMERER, *Das Problem der überholenden Kausalität,* cit., p. 444; HOPT, *Schadensersatz aus unberechtigter Verfahrenseinleitung,* cit., p. 152; RÖHL, *Zur Abgrenzung der grossen von der einfachen Fahrlässigkeit,* cit., p. 526.

Nella *common law,* POLLOCK, *The law of torts,* cit., p. 8 e p. 444; *Restatement of torts,* II, cit., p. 740; WINFIELD, *Duty in tortious negligence,* in *Col. law rev.,* 1934, p. 41 ss., 43; DIAS, in CLERK e LINDSELL, *On torts,* cit., p. 200.

[30] STARCK, *Essai d'une théorie générale,* cit., p. 429; ID., *Observations sur le régime juridique des clauses de non-responsabilité ou limitatives de responsabilité,* in *Dalloz,* 1974, *Chron.,* p. 157 ss., 160.

[31] Richiami in CIAN, *Lata culpa dolo aequiparatur,* cit., p. 152, nota 12; ma si veda anche MAIORCA, *Colpa civile,* cit., p. 575.

[32] Cfr. MARTINE, *L'option entre la responsabilité contractuelle et la respon-*

coloro che identificano nella colpa grave una presunzione di malafede [33], presunzione evidentemente relativa [34], sono alfine costretti a riconoscere — dal rilievo che i giudici non ammettono l'indiziato a fornire la prova contraria — che di fatto quella presunzione si comporta come assoluta [35]. Quanto l'equiparazione con la *culpa lata* tolga di risalto al dolo, s'intende poi con tanta maggior forza tenendo presenti le osservazioni di chi ritiene che la giurisprudenza — in Francia, ad esempio, sul terreno dell'art. 1150 code Nap., o da noi per la colpa professionale — finisca spesso per colpire sotto l'etichetta della colpa grave fenomeni di vera e propria negligenza ordinaria [36].

4. L'altro motivo, cui si voleva accennare, è quello della difficoltà per i nostri interpreti di riconoscere, in una serie di figure di responsabilità per dolo, non già la presenza di quest'ultimo, quanto invece quella del primo elemento: di riconoscere cioè l'utilità effettiva — e talora anche l'ammissibilità — della sanzione aquiliana e del suo intervento [37].

---

sabilité délictuelle, Paris, 1957, p. 148; CIAN, *Lata culpa dolo aequiparatur,* cit., p. 152.

[33] GIORGI, *Le obbligazioni,* V, cit., p. 261; LEGAL, *De la négligence et de l'imprudence,* cit., p. 50; L. MAZEAUD, *L'assimilation de la faute lourde au dol,* in *Dalloz,* 1933, p. 49; AGATSTEIN, *Le dol des incapables,* cit., p. 225; PIRSON-DE VILLÉ, *Traité,* I, cit., p. 62; H. e L. MAZEAUD e TUNC, *Traité,* I, cit., p. 62. Si vedano anche STUBENRAUCH, *Commentar,* II, cit., p. 652, nota 1; GREGORY e KALVEN, *Cases and materials,* cit., p. 237. *Contra,* per tutti, LALOU, *La gamme des fautes,* cit., p. 20.

[34] VOISENET, *De la faute lourde en droit privé français,* Paris et Dijon, 1934, p. 421 ss.; ROBLOT, *op. ult. cit.,* p. 1 s.; LALOU, *Traité pratique,* cit., § 415; H., L. e J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil,* 3ª ed., Paris, 1966, II, § 447.

[35] STARCK, *Essai,* cit., p. 428; H. e L. MAZEAUD e TUNC, *Traité,* I, cit., p. 474. Analogamente, HARPER e JAMES, *The law of torts,* II, cit., p. 955.

[36] STARCK, *Essai,* cit., p. 430 ss.; CATTANEO, *La responsabilità del professionista,* cit., p. 79 (per il quale « la colpa grave dell'art. 2236 c. c. non è che la colpa lieve valutata tenendo conto della speciale difficoltà della prestazione »). Alla stessa conclusione si perviene talora anche in tema di abuso del diritto: così, ad esempio, JOSSERAND, *De l'esprit des droits,* cit., p. 384; MARKOVITCH, *La théorie de l'abus des droits,* cit., p. 144. Per qualche altra ipotesi, ATIYAH, *Vicarious liability,* cit., p. 263.

[37] L. RIPERT, *La réparation du préjudice,* cit., p. 6 (« L'art 1382 n'a donc dans la pensée du législateur qu'un caractère subsidiaire. C'est un texte que l'on ne doit appliquer que lorsqu'aucun texte n'existe dans le cas particulier dont il s'agit »).

Si tratta di figure che la legge non ha previsto espressamente come ipotesi di responsabilità per dolo, ma in cui tale risultato si impone ugualmente in via di interpretazione; per quel che concerne il dato della responsabilità, dal rilievo che i comportamenti previsti costituiscono altrettanti fatti illeciti, cui deve quindi potersi applicare l'art. 2043 cod. civ.; per quanto riguarda il limite del dolo, dalla considerazione che alla sua presenza è vincolata l'esperibilità di un certo rimedio specifico, e che tale restrizione perderebbe ogni significato pratico ove si ammettesse un risarcimento a titolo di colpa [38]. Ebbene, se questo risultato sfugge all'attenzione della dottrina, come vediamo accadere normalmente, ciò è senza dubbio perché in tutti questi casi l'esercizio del rimedio particolare — disposto volta a volta dalla legge — sembra in grado di assicurare alla vittima una completa *restitutio in integrum*: talché, si pensa e appare a prima vista, il ricorso all'azione di danni, in mancanza di vuoti da colmare, non può avere oramai interesse alcuno (e sfugge, invece, che residui esistono, per i quali il mezzo aquiliano resterà spesso utile e prezioso) [39].

Ciò vale, ad esempio, per l'annullamento del contratto viziato da dolo o violenza [40], per la rescissione del contratto concluso in stato di bisogno o di pericolo [41], per la revoca del trasferimento nei casi

---

[38] *Retro,* Cap. II, n. 4. Ma cfr. pure CROME, *System,* II, cit., p. 1015; KOHLER, *Schuldrecht,* cit., p. 480 e p. 562, nota 2; STOLL-FELGENTRAEGER, *Vertrag und Unrecht,* cit., p. 209; LARENZ, *Vertrag und Unrecht,* II, cit., pp. 76-77. E si vedano gli stessi H. e L. MAZEAUD e TUNC, *Traité,* I, cit., p. 16 e p. 27.

[39] Sull'improprietà di considerare ogni rimedio particolare come traduzione dell'azione di danni, H. MAZEAUD, *L'absorption des règles juridiques par le principe de responsabilité civile,* in *Dalloz,* 1935, *Chron.,* p. 5 ss.; VERGA, *Errore e responsabilità nei contratti,* cit., p. 305. Per qualche rilievo, STARCK, *Responsabilité du contractant envers le tiers,* cit., p. 65; VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude,* cit., p. 330 ss. In generale, DERNBURG, *Das bürgerliche Recht,* II, 2, cit., p. 752.

[40] Ad esempio, VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dei contratti,* cit., p. 31 (« ... il contraente, al quale in luogo dell'ordinaria azione di risarcimento, viene fornita nell'azione di rescissione un'arma con cui può turbare l'ordine di cose stabilito... »). Ma anche in seguito, P. HUGUENEY, *Responsabilité civile du tiers complice,* cit., p. 232; SCADUTO-RUBINO, voce « *Illecito* (*Atto*) », cit., p. 707. Si veda, d'altra parte, Mc CORMICK, *Law of damages,* cit., p. 448. E ultimamente, STARCK, *Les obligations,* Libr. techn., 1972, n. 1368, p. 427; J. SCHMIDT, *La sanction de la faute précontractuelle,* cit., p. 70.

[41] DEMONTÈS, *De la lésion dans les contrats entre majeurs,* Paris, 1924, p. 237.

previsti dall'art. 2901 cod. civ. [42]; oppure per i rimedi vari di cui agli artt. 428, 2° comma, 936, 938, 1349 cod. civ., e art. 48 della legge sul marchio (nei quali si parla di malafede), per il caso di cui all'art. 2941, n. 8, cod. civ. (che domanda il dolo), per le misure di cui agli artt. 765, 926, 1505, 1606 cod. civ. (ove è richiesta la frode); o ancora per la revocazione della sentenza di cui ai nn. 1 e 6 dell'art. 395, cod. proc. civ. e per l'opposizione revocatoria di cui all'art. 404, 2° comma, cod. proc. civ.; oppure per l'invalidazione del testamento nei casi di cui all'art. 463, nn. 4, 5 e 6, cod. civ.; e fors'anche per l'inibitoria, nella concorrenza sleale, e per l'indennità, nell'ipotesi di cui all'art. 937, 3° comma, cod. civ., benché qui la possibilità del risarcimento risulti espressamente prevista.

A maggior ragione, il discorso può ripetersi per quei casi in cui il rimedio tecnico concesso dall'ordinamento, e che è un'azione restitutoria, avente ad oggetto una certa cosa, o i suoi frutti, o il suo valore, oppure un arricchimento, viene inteso e prospettato dagli interpreti [43] come traduzione su quel particolare terreno dell'azione di danni, ossia come misura sostitutiva di quest'ultima: ciò che è spesso avvenuto, ad esempio, con riferimento ai rapporti fra erede vero ed erede apparente, o a quelli fra proprietario o possessore o erede del depositario, o ancora tra *solvens* e *accipiens indebiti*.

5. È chiaro poi che una percezione della possibile rilevanza del dolo, in certe ipotesi di pregiudizio del credito, è necessariamente

---

[42] BARTIN, in AUBRY e RAU, *Cours de droit civil français*, VI, cit., pp. 338-339, nota 1 ter; CHIRONI, *Colpa extracontrattuale*, II, cit., p. 350 (« Il danno è cagionato dalla frode... contro le 'ragioni del creditore', e quando esse siano restituite nello stato in cui erano prima dell'atto, il creditore nulla può pretendere di più »); BUFNOIR, *Propriété et contrat*, cit., p. 803. Recentemente, ancora, SINAY, *Action paulienne et responsabilité délictuelle à la lumière de la jurisprudence récente*, in *Rev. trim. droit civ.*, 1948, p. 182 ss., 192; GINOSSAR, *Liberté contractuelle et respect des droits des tiers*, cit., p. 106.

Alcuni autori ritengono che la « conoscenza » cui è vincolata l'esperibilità della pauliana, andrebbe in realtà qualificata come colpa (COSATTINI, *La revoca degli atti fraudolenti*, Padova, 1940, p. 119 ss.): anche ammettendo la verosimiglianza di questa interpretazione, non va dimenticato che il dolo è comunque indispensabile per le ipotesi di preordinazione (sul punto, CARRARO, *Valore attuale della massima « fraus omnia corrumpit »*, cit., p. 788).

[43] Per tutti, WINIWARTER, *op. cit.*, IV, p. 637; FERRINI, *Delitti e quasi-delitti*, cit., p. 735; PLANIOL, *Traité élémentaire*, II, cit., p. 295; DEMOGUE,

mancata presso chi ha continuato a respingere la stessa ammissibilità di un risarcimento per la violazione di un diritto relativo [44]. Nella responsabilità per lesione del possesso, la difficoltà non è stata tanto quella di avvertire i limiti pratici della reintegrazione e della manutenzione — ossia l'incapacità di tali rimedi di risarcire gli eventuali danni — ma piuttosto quella di riconoscere il dato del dolo nell'altro dell'*animus spoliandi* e *turbandi*: e, in verità, è questo un rilievo che potrebbe ripetersi anche per la malafede, per la violenza morale, per l'approfittamento cosciente, come per tutti quei fatti psicologici che hanno la sostanza del dolo, ma sono noti e circolano con nomi differenti [45]. Quanto agli atti emulativi, si tratta di una figura non direttamente sincronizzata con la responsabilità [46], stante la pluralità delle sanzioni cui essi possono dar luogo (e del resto, la minaccia, non la presenza attuale di un danno, è tra le voci di questa fattispecie).

Per il *quantum respondeatur*, è comprensibile che, partendo da una nozione esterna del danno, sia poi sfuggita l'evidenza dell'ipotesi in cui l'aumentata severità dinanzi al dolo è frutto semplicemente della maggior ampiezza che il pregiudizio ha avuto in tal caso; d'altro canto, la convinzione secondo cui il nostro sistema assicurerebbe la riparazione integrale della lesione, risponde effettivamente al vero nella maggioranza dei casi: e ciò non ha certo reso facile vedere che talvolta, sotto la voce dei danni morali, delle conseguenze mediate e indirette, del lucro cessante, possono darsi invece non pochi scarti rispetto a quel limite (scarti che solo di fronte a una condotta colposa può aver senso tollerare) [47]. È facile ancora immaginare che la respon-

---

Traité des obligations, 1, III, cit., p. 409; PAOLI, *Il reato, il risarcimento, la riparazione*, Bologna, 1924, p. 126.

[44] Si vedano, ad esempio, RUBINO, *La fattispecie*, cit., p. 324, testo e nota 1; DEIANA, *La tutela del locatario*, cit., p. 21 ss. e p. 31; ID., *L'art. 1380 del codice civile e il conflitto tra diritti di credito*, Trieste, 1947, p. 40 ss.; CASETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, cit., pp. 24-26.

[45] Si veda d'altra parte PLANIOL, *Traité élémentaire*, II, cit., p. 261, il quale critica il ricorso di Pothier al termine « dolo » per la definizione del delitto, e finisce poi per sottoscrivere l'affermazione dell'equivalenza.

[46] DEMOGUE, *Traité des obligations*, 1, IV, cit., p. 378; P. ESMEIN, in PLANIOL-RIPERT, *Traité pratique*, VI, *Obligations*, 1, cit., p. 809; RIPERT, *La règle morale*, cit., p. 166; ALLARA, voce « *Atti emulativi* (*dir. civ.*) », cit., p. 35.

[47] La « svista » è certamente favorita dall'abitudine di trattare i problemi della causalità sotto l'esclusivo angolo visuale dell'*an respondeatur*: all'interno del quale finiscono quindi per essere mantenuti i risultati che pure si erano introdotti allorquando si era ammesso che il dolo incidesse, ad esempio, nel

sabilità dei giudici, degli impiegati, dei funzionari statali — tutti soggetti per i quali valgono criteri diversi dalla colpa — per un verso sia rimasta soffocata dalla nozione della sussidiarietà di questa responsabilità rispetto a quella dello Stato, per l'altro oscurata dal grande interesse degli interpreti verso il tema della responsabilità della P.A.[48]

---

trattamento delle ipotesi di concorso di colpa del danneggiato o di corresponsabilità fra più autori della lesione. Tipico, in tal senso, il trattato di H. e L. MAZEAUD e TUNC, dove nel secondo volume, a p. 657, discorrendo del rapporto di causalità, si riconosce come il danno indiretto diventi molto spesso risarcibile nel caso di dolo, e nel terzo volume, p. 502, trattando della valutazione del danno, dopo essersi richiamato quel punto, si conclude: « Mais il s'agit alors d'un autre problème ». Sfugge, appunto, che la risarcibilità di un danno indiretto dinanzi al dolo determina una soluzione diversa rispetto alla colpa, sotto il profilo del *quantum respondeatur,* ogni qualvolta quel danno si accompagni con altri danni diretti e risarcibili già all'altro titolo (v. anche *retro,* Cap. III, note 31 e 54).

In senso critico circa l'abitudine degli scrittori di *common law* di affrontare la discussione sulla causalità con riferimento al solo *tort* di *negligence,* HART e HONORÉ, *Causation in the law,* cit., p. 93; cfr. anche HEUSTON, in SALMOND, *Law of torts,* cit., p. 715.

[48] Ciò si coglie abbastanza chiaramente presso autori come VENEZIAN, *Danno e risarcimento,* cit., p. 43; FERRINI, *Delitti e quasi-delitti,* cit., p. 790; GIORGI, *Obbligazioni,* V, cit., p. 289 (il quale dedica 35 pagine del suo trattato al problema della responsabilità della P. A., e, quanto alla responsabilità del funzionario, si limita ad affermare che « se agì illegalmente, sarà egli personalmente responsabile verso il danneggiato », concludendo che « non è ora il tempo di occuparsi di questa responsabilità »; quando più avanti tornerà sull'argomento — *ivi,* p. 345 ss. — non riterrà poi di dover segnalare le soluzioni favorevoli al dolo come smentite rispetto alla precedente affermazione generale dell'equivalenza, o di dover rettificare quest'ultima); CHIRONI, *Colpa extracontrattuale,* I, cit., pp. 481-508 e II, cit., pp. 1-60 (nel centinaio di pagine complessive che sono dedicate al problema della responsabilità dello Stato, la parte relativa agli impiegati è sbrigata in pochi accenni frettolosi). Oppure, successivamente, CESAREO CONSOLO, *Risarcimento del danno,* cit., pp. 524-606; HUDELOT-METMAN, *Des obligations,* cit., p. 205; BRASIELLO, *I limiti,* cit., p. 127 ss.

S'intende che quella preferenza per il problema della responsabilità dello Stato e dei Comuni, non è senza motivi o spiegazioni: in un periodo in cui le soluzioni erano ancora incerte, la spinta a fornire una sistemazione teorica dell'obbligo risarcitorio della P. A. diventava ben maggiore rispetto a quella suscitata da un tema tanto più « comune » quale l'altro; e, d'altra parte, era un riconoscimento della possibile legittimazione passiva della P. A. che poteva fornire una risposta significativa, sul terreno pratico, alle domande di tutti quei privati che avessero riportato danni economicamente rilevanti dall'attività degli enti pubblici.

E si può intendere altresì la difficoltà — incontrata almeno in passato dagli autori [49], fors'anche per l'influenza dell'istituto della riparazione — di staccare chiaramente dal ceppo penalistico, e concepire come fenomeni di ordinaria responsabilità civile, le condanne al risarcimento dei danni nei casi di ingiuria, diffamazione e calunnia [50].

E qui il discorso potrebbe andare avanti, nell'analisi di ciò che è valso ad appannare, agli occhi e alla sensibilità della dottrina, il dato della rilevanza del dolo: ogni singola svista avrà una causa, su cui dev'essere possibile far luce. Ma al di là di questi primi chiari-

---

[49] Ad esempio, DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon,* XXXI, cit., § 691, p. 595; CHIRONI, *Colpa extracontrattuale,* II, cit., p. 329.

[50] Cfr. la lucida ricostruzione di PACCHIONI, *Dei delitti e quasi-delitti,* cit., p. 98 ss.; ma già ampiamente, CARNELUTTI, *Il danno e il reato,* cit., p. 39 ss. e ANTOLISEI, *L'offesa e il danno nel reato,* cit., p. 177 ss. e p. 185. In sostanza, avveniva che il danno derivante dalla lesione del decoro, del prestigio, della reputazione di un soggetto, venisse frequentemente riportato — talvolta anche per i suoi riflessi patrimoniali, ossia per quello che noi chiamiamo oggi « danno alla vita di relazione » — sotto la voce del danno morale; tale danno era considerato allora rilevante, quale che fosse l'opinione dell'autore sul problema della risarcibilità del danno non patrimoniale in genere, ma ad esso si riteneva provvedesse l'istituto di marca penalistica contrassegnato appunto come « riparazione », istituto che non pochi tendevano a configurare come indipendente e inconfondibile rispetto al risarcimento (e tale conclusione avrebbe finito per diventare poi unanime). Si vedano pure GABBA, *Nuove questioni,* I, 2, cit., p. 301; CESAREO CONSOLO, *op. cit.,* p. 284 ss.; MINOZZI, *Studio sul danno non patrimoniale,* cit., p. 192 ss. E in seguito, BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni,* II, cit., p. 544 ss.

Inutile soffermarci particolarmente sulla *Busse,* e cioè sulla pena privata che il diritto comune tedesco ammetteva come esito possibile dell'*actio iniuriarum,* se non per far risaltare il parallelo con la « riparazione », e l'influenza sul nostro ambiente di una sistemazione che collocava un risvolto pratico del dolo fuori dall'orbita formale della responsabilità aquiliana. Per il resto possiamo rinviare a WÄCHTER, *Die Busse bei Beleidigungen und Körperverletzungen,* Leipzig, 1874, *passim,* e soprattutto p. 17 (« ... sie soll Schadensersatz und Privatstrafe zugleich geben, also beide Funktionen verbinden »); DOCHOW, *Die Busse im Strafrecht und Strafprocess,* Jena, 1875, p. 9 ss. e p. 14 ss., rappresentante della corrente ostile al mantenimento della figura (« ... ein arbiträr vom Richter auszusprechender Schadensersatz... »), insieme a Dernburg, Dambach, Bruns, Gareis, Kohler. Più succintamente, STOBBE, *Handbuch des deutschen Privatrechts,* III, cit., p. 368, nota 45; v. SCHWERIN, *Grundzüge,* cit., p. 218; Otto v. GIERKE, *Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht,* rist., Aalen, 1969, p. 14 ss.; ID., *Schuldrecht,* cit., p. 84 e p. 971; NEUMANN, *Der Zivilrechtsschaden,* cit., p. 318 ss.; da ultimo, Hans STOLL, *Penal purposes,* cit., p. 15.

menti, ci sembra che un esame del genere possa senz'altro rinviarsi a una parte speciale: quel che al momento preme di sapere, sotto un profilo ancora generale, è se, nella mancata messa a fuoco di tante ipotesi di risalto del dolo, debba vedersi la sola o più importante ragione per cui si afferma il principio dell'equivalenza, o se vi siano invece altre spiegazioni delle quali rimanga da parlare.

6. La risposta, come è facile intuire, è senza dubbio nel secondo senso: e del resto la si è già data, perlomeno implicitamente, accennando poco sopra alle reazioni dottrinarie — reazioni improntate talvolta alla critica, più spesso a una decisa approvazione — di fronte a certe ipotesi di insufficienza della colpa. Non resta dunque che ripetere come alcune di queste figure, in misura maggiore o minore, non siano mai rimaste estranee all'attenzione degli studiosi del danno [51]: fra esse, la seduzione dolosa, la lite temeraria, le informazioni menzognere, per quanto riguarda l'Italia [52], il *recel,* lo *stellionat,* il *débauchage* per quel che concerne la Francia e i suoi scrittori [53]. Torna a proporsi allora il tema del contrasto fra l'affermazione del dogma della parità tra colpa e dolo, e la parallela consapevolezza delle smentite ch'esso incontra nella pratica; contrasto proprio materialmente di molti lavori generali sulla responsabilità [54], ritrovabile in certi stessi

[51] Cfr. LAWSON, *Negligence in the civil law,* cit., p. 33.
[52] *Infra,* in questo capitolo, nota 54.
[53] Si ha *recel* allorché un condividente o un coerede occulta beni destinati alla divisione o inganna comunque i condividenti sulla consistenza o il valore economico dei beni stessi; lo *stellionat* è la doppia alienazione fraudolenta, il *débauchage* lo storno malizioso dei dipendenti. Sui primi due istituti, in particolare, PLANIOL, *Traité élémentaire,* II, cit., p. 262; RIPERT, *La règle morale,* cit., p. 304; P. ESMEIN, in AUBRY e RAU, *op. cit.,* VI, p. 504; STARCK, *Essai,* cit., p. 447.
[54] Ad esempio, DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon,* XXXI, cit., *passim* per quanto concerne l'equivalenza, e § 519 ss., p. 450 ss., per quel che riguarda il dolo; HUC, *Commentaire,* VIII, cit., p. 539 e, rispettivamente, p. 555; VENEZIAN, *Danno e risarcimento,* cit., ove a p. 21 c'è l'affermazione dell'equivalenza, da p. 170 a p. 209 l'analisi dell'ingiuria e della diffamazione, da p. 210 l'esame delle ipotesi di responsabilità processuale; CHIRONI, *Colpa extracontrattuale,* I, cit., p. 103 (equivalenza), p. 179 (responsabilità del giudice e lite temeraria), p. 270 (respons. del possessore della cosa ipotecata), p. 273 (respons. del proprietario del suolo che utilizza materiali altrui); GIORGI, *Obbligazioni,* V, cit., p. 243 e p. 349 (giudice); DEMOGUE, *Traité des obligations,* 1, III, cit., p. 409 e, ad esempio, p. 432. Recentemente, ancora, P. ESMEIN, in AUBRY e RAU, *op. cit.,* VI, p. 400 e p. 428, nota 10; DELYANNIS, *La notion d'acte illicite,* cit., p. 207 e p. 259; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, *Traité de droit civil,* II, cit., p. 333. Per la coesistenza, in particolare, dei cenni relativi al *recel* e allo *stellionat* e della riaffermazione del principio generale, AUBRY e RAU, *Cours de droit civil français,* IV, cit., p. 745; LAURENT, *op. cit.,* XX, p. 310; PLANIOL, *op. cit.,* II, p. 264; AGATSTEIN, *Le dol des incapables,* cit., p. 109; BUFNOIR, *Propriété et contrat,* cit., pp. 803-804.

equivoci sul terreno comparatistico, e del quale è facile individuare qualche traccia anche nel testo di alcune sentenze: quando l'appello alla regola dell'equivalenza — svolto più o meno consapevolmente nel richiamo alla clausola generale — si accompagna alla pronuncia che la responsabilità, in quel certo caso, è riconosciuta soltanto per la particolare malizia con cui mostra di essersi condotto l'autore del danno [55]. Di qui la necessità di ulteriori chiarimenti, che dian ragione dell'intatta permanenza di quel dato in testa a quelle decisioni e a quelle opere.

Sembra però opportuno, a tal fine, allargare brevemente i termini del discorso, giacché non è soltanto il terreno del dolo a registrare discordanze tra principi e applicazioni, fra realtà e assiomi generali; a ben vedere, anzi, son tutte le componenti dell'illecito e tutti i temi della responsabilità civile a mostrare il segno di risposte diverse secondo l'occasione in cui appaiono affrontati: sicché non è da escludere che, così come identici si presentano in ciascun caso i termini del conflitto, sia anche possibile giungere a una spiegazione, almeno in parte, comune per tutti.

Si pensi soprattutto all'affermazione secondo cui la presenza di una colpa deve sempre ritenersi indispensabile ai fini della sanzione aquiliana, smentita poi dall'ammissione che in non pochi casi il risarcimento è possibile anche in mancanza di una colpa vera e propria; oppure alla regola in base alla quale soltanto la violazione di un diritto assoluto dell'offeso può far sorgere il dovere riparatorio, contraddetta poi dall'esistenza di situazioni in cui l'indennizzo ha luogo già per la lesione di un diritto di credito, o di un interesse legittimo

[55] Così, per fare un solo esempio, Cass. 31 gennaio 1957, n. 342, in *Foro pad.,* 1958, I, c. 1159 ss., a proposito della responsabilità del creditore in caso di sequestro o pignoramento eccessivo effettuato dall'ufficiale giudiziario: nella motivazione si leggono contemporaneamente l'affermazione secondo cui la parte procedente sarà tenuta per il danno ove si possa imputarle un comportamento « doloso o colposo », e la precisazione che il creditore dovrà risarcire il pregiudizio soltanto quando vi sia stata « collusione », oppure « corruzione », « inganno », « attività dolosa » da parte sua.

o anche semplice; oppure alla massima per cui l'esercizio di una causa di giustificazione sottrae l'agente all'obbligo di reintegrare la vittima, posta in crisi o limitata comunque dalla successiva indicazione che non sono tollerabili né eccessi, né abusi. Ed ancora potrebbero moltiplicarsi gli esempi, sino alla conclusione che non v'è un solo postulato — tra quelli assunti in sede di definizione — il quale non veda smarrire qualche lembo di verità per lo scontro con uno o più casi in cui la *restitutio* mostra di avvenire anche in sua assenza, o malgrado una sua variazione; mutando solamente, a seconda dell'entità del contrasto e dell'importanza del requisito sconfessato, il grado di coscienza che si dimostra di averne, e lo strumento tecnico che si appresta per rimediarvi.

7. Si può essere tentati di addebitare questi dissidi alla stessa struttura interna dei trattati sulla responsabilità, con quella canonica divisione fra una parte generale, rivolta alla fondazione dei capisaldi dell'istituto, ed una parte speciale, dedicata all'inventario e alla discussione della casistica, il cui distacco [56] — ben più marcato di quanto non lascino intendere i soli esempi qui accennati — non rende talvolta inverosimile l'ipotesi che a confezionarle siano state due mani diverse, oppure che la loro stesura sia avvenuta in tempi così lontani da aver poi reso vano lo sforzo di armonizzarle [57]; e tuttavia, anche questa circostanza, tolto il peso ch'essa può aver forse avuto nell'attenuare l'evidenza di certe antitesi, appare nuovamente come un effetto di ciò stesso che andiamo cercando, l'espressione materiale di una duplicità di approccio che ha altrove le sue origini e la sua ragion d'essere. Quanto poi al rilievo secondo cui quell'ordine di esposizione sarebbe in fondo rispettoso dello schema seguito anche dal codice (francese e italiano), esso trascura visibilmente di accorgersi che non solo molte di quelle « eccezioni » non possono esser fatte rientrare in qualcuna di quelle norme particolari, ma che non tutti

[56] Qualche accenno in RODOTÀ, *Il problema,* cit., pp. 26-27, il quale denuncia (*ivi,* p. 29) un « metodo d'indagine » della dottrina tradizionale « sempre fedele alla ricerca di contraddizioni e concordanze, regole ed eccezioni »: ma si deve osservare che neppur questa ricerca è stata fatta, nella quasi totalità dei casi, con riferimento agli illeciti di dolo.

[57] Si veda BRASIELLO, *I limiti,* cit., *passim,* il quale continua a insistere sull'equivalenza e a fornire tuttavia, in numerose pagine successive, esempi di rilevanza del dolo sulla causalità.

quei principi risultano in maniera diretta dalla formula legislativa iniziale [58].

Neppur sembra sufficiente, d'altro canto, limitarsi a vaghe digressioni sulla tensione all'unità che sarebbe propria del giurista, sui diversi compiti dell'opera di sintesi rispetto a quelli di una documentazione empirica, sul destino di ogni regola a subire eccezioni, sull'infinita varietà dei fenomeni naturali, e via discorrendo: giacché il punto è proprio quello di vedere in che misura questi problemi si sono posti sul terreno della responsabilità extracontrattuale. È vero, ad ogni modo, che quelle contraddizioni offrono intanto una testimonianza diretta sulla complessità che è propria di questo istituto, nel quale — come avverte del resto la sua stessa intitolazione — devono trovare regolamento tutte le ipotesi in cui un contatto sociale e un danno si producono al di fuori di una preesistente relazione giuridica tra le parti [59]: dove non solo, cioè, è assai vasta la gamma delle collisioni possibili [60], ma spesso anche diversa e originale, proprio perché ispirata alla concreta fisionomia dello scontro, la *ratio* che sorregge volta a volta l'affermazione dell'obbligo riparatorio; e senza, ovviamente, che la scelta del soggetto al quale imputare il pregiudizio possa far leva su una volontà negoziale in precedenza manifestata [61] (a parte il caso della clausola di esonero o quello, peraltro alquanto raro, del consenso dell'avente diritto [62]).

[58] Sulla « contraddizione tra la modernità di certe enunciazioni ed il conservatorismo delle sistemazioni », cfr. ancora, in generale, RODOTÀ, *Il problema,* cit., p. 24.

[59] V. TUHR, *Partie générale,* I, cit., p. 324; HEDEMANN, *Schuldrecht,* cit., p. 66; RODOTÀ, *Il problema,* cit., p. 33; LUMINOSO, *La tutela aquiliana,* cit., p. 86.

[60] DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon,* XXXI, cit., p. 449; DURANTON, *Cours de droit français,* VII, cit., p. 508; JOSSERAND, *Cours de droit civil positif,* II, cit., p. 213; SEAVEY, *Cogitations on torts,* cit., p. 5; H. e L. MAZEAUD e TUNC, *Traité,* I, cit., p. 11.

[61] DEMOLOMBE, *op. cit.,* XXXI, p. 589.

[62] Se al consenso dell'avente diritto debbano o meno riconoscersi i contrassegni tecnici della negozialità, è peraltro discusso in dottrina. In senso affermativo, tra gli altri, ZITELMANN, *Ausschluss der Widerrechtlichkeit,* cit., p. 51 ss.; v. TUHR, *Der Allgemeine Teil des Deutsch. Bürg. Rechts,* II, 2, cit., p. 467; H. A. FISCHER, *Die Rechtswidrigkeit,* cit., p. 271 ss.; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, *Recht der Schuldverhältnisse,* cit., p. 648, nota 29; KANETI, *op. cit.,* p. 636. Diversamente, HECK, *Grundriss des Schuldrechts,* cit., p. 441; SCOGNAMIGLIO, voce « *Responsabilità civile* », cit., p. 657; FORCHIELLI,

È facile intendere come una realtà tanto ricca nel materiale amministrato, e per le stesse motivazioni giuridiche che la percorrono, si presti a numerose possibilità di sistemazione; ciascuna espressiva di una regola specifica in ordine ai presupposti ordinari della responsabilità, e quindi artefice del carattere di normalità o di eccentricità per ogni soluzione e singola forma di risarcimento; ciascuna determinata, a sua volta, dal valore che legislatore e interpreti, in quel certo contesto storico, attribuiscono ai benefici ch'essa promette, e dalla fiducia di saper rimediare agli inconvenienti che essa comporta.

Così, una descrittiva che sussuma l'intera massa dei danni aquiliani entro alcuni modelli tipizzati, riproducendo in ciascuno di essi i meccanismi per cui si impone volta a volta il risultato della responsabilità, finisce probabilmente per salvarsi da troppo frequenti ricorsi a sotterfugi costruttivi, ed assicura nel contempo condizioni ideali di certezza [63]; il rischio è poi di non saper come reprimere, data la ristrettezza della previsione iniziale, tutti quei comportamenti futuri che, apparendo pur ingiusti, non rientrino in nessuno dei paradigmi di partenza; questi non sembreranno però difetti troppo gravi là dove si ritenga — come ad esempio nei sistemi di *common law*, benché non manchino riserve e scetticismi [64] — che facendo buon uso di strumenti come l'analogia, l'interpretazione estensiva, il richiamo all'equità, i giudici riusciranno a evitare ogni immobilismo [65].

Responsabilità civile, I, cit., p. 114. Sul punto, da ultimo, Ernst WOLF, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 482.

[63] « The claims of certainty are less pressing in the case of the law of torts that in some other branches... » (così STREET, *The law of torts*, cit., p. 8).

[64] Ad esempio, POUND, *Mechanical jurisprudence*, in *Col. law rev.*, 1908, p. 605 ss.; STREET, *op. ult. cit.*, p. 8. Per certi versi, ARMITAGE, in CLERK e LINDSELL, *On torts*, cit., p. 15. Si veda pure CARBONNIER, *Obligations*, cit., p. 372. Da ultimo, ATIYAH, *Accidents, compensation and the law*, cit., p. 75.

[65] In tal senso, con accenti abbastanza simili, POLLOCK, *The law of torts*, cit., p. 21; WINFIELD, *The foundation of liability in tort*, in *Col. law rev.*, 1927, p. 1 ss.; Glanville WILLIAMS, *The foundation of tortious liability*, in *Cambr. law journal*, 1938, p. 111 ss.; SEAVEY, Candler *v.* Crane, Christmas & Co. - *Negligent misrepresentation by accountants*, cit., pp. 468-469; ID., *Cogitations on torts*, cit., p. 70; FRIEDMANN, *Legal theory*, cit., p. 528; KEETON, *Creative continuity in the law of torts*, cit., p. 463 ss.; PROSSER, *Handbook*, cit., p. 209 ss.; HEUSTON, in SALMOND, *Law of torts*, cit., p. 19; STREET, *op. cit.*, p. 6.

Nel senso che, all'interno della *common law*, opererebbe anzi già un principio generale di responsabilità, WINFIELD, *The province of the law of torts*, Cambridge, 1931, p. 32 ss.; PROSSER, *op. cit.*, p. 3 ss.; FRIDMAN, *Modern*

D'altro canto, una clausola generale di responsabilità consente alla giurisprudenza di intervenire tempestivamente dovunque sian mature le condizioni per il risarcimento di nuovi fenomeni dannosi [66], permettendo al tempo stesso di rispettare, sul piano della più dettagliata rappresentazione formale, la struttura propria di ciascun tipo di lesione giuridica: questa medesima larghezza di dettato può risolversi tuttavia nella minaccia di dilatazioni indiscriminate dell'area della responsabilità, della quale finiscono per far parte pregiudizi per i quali non si è ancora pronti, in ipotesi, ad ammettere la riparazione [67]. Una marcata sensibilità per quest'ultimo profilo, e il timore di un potere eccessivo dei giudici [68], o di incertezze nell'identificazione dei legittimati attivi, non esiteranno a far allora rinunciare a quei vantaggi, in cambio di uno schema più ristretto, ma anche più sicuro, di illecito [69]: e quanto alle figure che per assetto, titolo soggettivo, o

---

tort cases, cit., p. 4 s.; MILLNER, *Negligence in modern law*, cit., p. 228; FLEMING, *An introduction*, cit., p. 24 ss.; TESAURO-RECCHIA, voce « *Torts* », in *Noviss. dig. it.*, XIX, 1973, p. 418 ss., 420; LAWSON, *Deux arrêts récents*, cit., p 749. Considera « accademica » la questione SCOTT, *Casebook in tort*, cit., p. 17; « superflua » STREET, *op. cit.*, p. 6. In proposito, anche TEDESCHI, *Il concetto di « tort » in diritto inglese*, cit., c. 89; ENGLART, *The law of torts in Israel: the problems of common law codification in a mixed legal system*, in *Am. journ. comp. law*, 1974, p. 302 ss., 308 ss.; e si veda ancora MILLNER, *Growth and obsolescence*, cit., p 264.

[66] P. ESMEIN, in AUBRY e RAU, *op. cit.*, VI, p. 405; DELYANNIS, *La notion*, cit., p. 56; TRIMARCHI, voce « *Illecito* », cit., p. 93; v. CAEMMERER, *Der privatrechtliche Persönlichkeitsschutz*, cit., p. 28 ss., 33.

[67] TRIMARCHI, *op. loc. ult. cit.*

[68] RUTSAERT, *Le fondement*, cit., p. 26.

[69] BAUR, *op. cit.*, pp. 17-18; LARENZ, *Vertrag und Unrecht*, II, cit., p. 34; ID., *Das « allgemeine Persönlichkeitsrecht »*, cit., p. 34; ID., *Lehrbuch des Schuldrechts*, II, cit., p. 328 (« ... ein Gesetzgeber, der sich auf die Aufstellung von Generalklauseln beschränkt, seiner Pflicht zur Normierung nur unvollkommen genügt »); Jürgen SCHMIDT, *Aktionsberechtigung und Vermögensberechtigung*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1969, p. 116; ESSER, *Schuldrecht*, II, cit., p. 392 (« Das BGB kennt nicht, wie etwa die Kodificationen unserer wichtigsten Nachbarländer, die Generalklauseln... er strebt vielmehr die *Bildung von Einzeltatbeständen* an, um Unsicherheiten und Zweifel zu vermeiden, die sich aus einer so unpräzisen Grundsatzformel gerade hier ergeben würden »). Si vedano inoltre, con diversi atteggiamenti, LINCKELMANN, *Die Bedeutung gesetzlicher Zwangspflichten*, cit., p. 82 ss.; M. RÜMELIN, *Schadensersatz ohne Verschulden*, cit., p. 7; OERTMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, cit., p. 1047; SCHULZ-SCHAEFFER, *Das subjektive Recht*, cit., p. 46; LEONHARD, *Besonderes Schuldrecht*, cit., p. 543; REINHARDT, *Das subjektive Recht in § 823 I BGB*, in *JZ*, 1961, p. 713 ss.; TITZE, *Recht der Schuldverhältnisse*, cit., pp. 210-211; MÖLLER, *Bemerkun-*

altre cause, non si prestino a venir ricomprese e in quel disegno, sarà sempre possibile, a seconda dei casi, negar loro cittadinanza nel mondo del diritto, dichiarando che per esse non si fa semplicemente luogo all'indennizzo, oppure cercare di riassorbirle con qualche finzione nell'alveo dell'unica matrice, o prospettarle come eccezioni alla regola (o, infine, decidere di ignorarne addirittura l'esistenza).

8. Proprio questi, in effetti, mostrano di essere stati i termini e lo svolgimento della responsabilità civile e della sua interpretazione, nell'area francese e italiana, dall'epoca delle codificazioni in avanti: troppo conosciuti ambedue perché non meriti qui richiamarne che le grandi linee e i passaggi salienti. Basterà appena ricordare come nel riferimento normativo di base — e cioè nella coppia degli articoli 1382-1383 del *code Napoléon,* e in quella degli artt. 1151-1152 del

gen zum Schadensbegriff im Versicherungsrecht und im sonstigen Zivilrecht in *Festschrift R. Prölss,* München, 1967, p. 241 ss., 247; DEUTSCH, *Entwicklung und Entwicklungsfunktion,* cit., p. 385; ID., *Grundmechanismen der Haftung,* cit., p. 723; H. C. FICKER, *Interference with contractual relations und deliktsrechtlicher Schutz der Forderung,* cit., p. 153; SOERGEL (-ZEUNER), *Kommentar,* III, cit., Vorbem. § 823, 3, p. 847; KRASSER, *Der Schutz vertraglicher Rechte gegen Eingriffe Dritter,* cit., pp. 163-164; Ernst WOLF, *Allgemeiner Teil,* cit., p. 477. Per un parallelo fra l'ordinamento tedesco e quello inglese, e mettendo in risalto le analogie che il ricorso alla tipizzazione crea in ciascuno di essi, WAGENFELD, *Ausgleichsansprüche unter solidarisch haftenden Deliktsschuldern,* cit., p. 7; con particolare riguardo agli Stati Uniti, RABEL, *Deutsches und amerikanisches Recht,* in *Zeitschr. für Ausl. und Int. Privatrecht,* 1951, p. 340 ss., 351; e per un confronto tra sistema francese e *common law,* impostato proprio sotto il profilo della certezza, WALTON, *La responsabilité délictuelle,* cit., p. 66.

Bilanci e commenti di segno opposto, ad ogni modo, non sono certo rari in Germania. V. i richiami forniti *infra,* Cap. X, nota 145, fra i quali ritroveremo anche molti degli scrittori or ora citati. Ma sin d'ora, con riferimento al problema del *quantum respondeatur,* DERNBURG, *Das bürgerliche Recht,* II, 1, cit., p. 80 (« Eine solche weitgehende Befugnis des Richters — scrive l'a., riferendosi alla soluzione svizzera che affida al giudice la fissazione del risarcimento — habe die von dem deutschen Rechte nicht übernommene autoritative Stellung des Richters zur Voraussetzung! »: il rilievo è chiaramente ironico verso i Motivi, come provano anche le frasi che lo seguono, e del resto non stupisce in un interprete tanto spesso polemico verso la timidezza di ispirazione del BGB). Da ultimo, analogamente, Friedrich KUEBLER, *Der Referententwurf für ein neues Schadensersatzrecht und die zivilrechtliche Haftung der Presse,* in *JZ,* 1968, p. 542 ss., 546. Per l'Austria, significativamente, RANDA, *Die Schadensersatzpflicht,* cit., p. 80.

codice italiano del '65 — apparissero sostanzialmente irrisolti, malgrado i molti meriti di quelle formule, proprio i dilemmi fondamentali dell'illecito [70]: e cioè tanto il problema di sapere quali fossero i beni e le posizioni soggettive giuridicamente tutelate, e la cui lesione doveva portare alla nascita di un'obbligazione riparatoria [71], quanto l'altra questione relativa al grado di colpevolezza necessario per ammettere la responsabilità [72]. E se una soluzione poteva infine esser trovata, sulla base della tradizione storica, o alla luce della dogmatica, o direttamente in virtù di un'ideologia, le maglie delle due disposizioni continuavano a restare abbastanza rade da lasciar filtrare pressoché qualunque lettura differente [73]. Quanto all'intitolazione dei « delitti e quasi-delitti » — perlomeno nel significato che si ritenne di doverle assegnare — s'é già visto come essa non conducesse tanto a evidenziare due classi di illeciti, ma piuttosto a chiamare con nomi diversi una stessa fattispecie, in base a una variazione dell'elemento soggettivo, appunto il dolo e la colpa, che poteva anche essere del tutto indifferente sul terreno degli effetti [74].

Queste incertezze di natura esegetica potevano ancora sembrare innocue e tollerabili, se non mantenersi addirittura nascoste, dinanzi a una realtà sociale ed economica abbastanza stabile — poiché ancora eminentemente basata sull'agricoltura e sul commercio — quale rimase quella europea del primo ottocento [75]; in cui una frequenza quasi immutata del numero dei danni, e il loro ripetersi in forme sostanzialmente identiche al passato [76], consentiva ancora ai vecchi

[70] Così, più o meno direttamente, SOURDAT, *Traité,* I, cit., p. 2; BAUDANA-VACCOLINI, *Commento,* III, 2, cit., p. 761; SALEILLES, *L'obligation,* cit., p. 361; PLANIOL, *Traité élémentaire,* II, cit., p. 275. In seguito, BUFNOIR, *Propriété et contrat,* cit., p. 802; DE PAGE, *Traité élémentaire,* II, cit., p. 807; ANTOLISEI, *L'offesa e il danno,* cit., p. 198; DELYANNIS, *La notion d'acte illicite,* cit., p. 125 s.

[71] G. ROTONDI, *Dalla « lex Aquilia »,* cit., 1917, p. 286; HÉMARD, *Droit civil,* II, cit., p. 126; COMPORTI, *La responsabilité civile,* cit., p. 835

[72] COLIN-CAPITANT-JULLIOT De La MORANDIÈRE, *Cours élémentaire,* II, cit., p. 218.

[73] Così, esplicitamente, CHARMONT, *Les transformations du droit civil,* cit., p. 235.

[74] P. ESMEIN, in AUBRY e RAU, *Droit civil français,* VI, cit., p. 400.

[75] Cfr. SACCO, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043,* cit., c. 1425; BARCELLONA, *Gli istituti fondamentali,* cit., p. 303; ID., *Diritto privato e processo economico,* cit., p. 327 ss.

[76] FLEMING, *An introduction to the law of torts,* cit., p. 3.

stereotipi del *furtum*, dell'*iniuria*, delle azioni quasi-delittuali, di tutti gli altri frutti dell'esperienza anteriore che erano sopravvissuti all'avvento delle formulazioni generali dei giusnaturalisti, di rappresentarli e contenerli efficacemente: conservandosi in tal modo all'istituto un carattere di relativa determinatezza, e frontiere sufficientemente nette [77]. I dubbi si rivelarono invece pienamente, e con essi apparve chiaro quale fosse il potenziale nascosto nel dettato di quegli articoli, di fronte al maggior numero di compiti che la responsabilità civile si trovò quasi d'improvviso a dover svolgere, in un momento in cui la nascita di una civiltà industriale — con l'invenzione di nuove macchine, il diffondersi della stampa, la crescente urbanizzazione, la scoperta di nuove forme di energia, l'incremento dei traffici, il sorgere della concorrenza — e gli altri fenomeni legati alla rivoluzione economica della metà del secolo scorso [78], si risolvevano in un moltiplicarsi vertiginoso dei contatti sociali e delle occasioni di danno, e in un conseguente aumento dei reclami in giustizia [79]: reclami che una fervida giurisprudenza non sempre aveva mezzi per respingere, sulla

[77] WINFIELD, *The history of negligence in the law of torts*, in *Law quart. rev.*, 1926, p. 184 ss., 195; PROSSER, *Handbook*, cit., p. 143; M. BARCELLONA, « *Scopo della norma violata* », cit., p. 359. Per qualche altro rilievo generale, YNTEMA, *Le droit comparé et l'humanisme*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1958, p. 693 ss., 697.

[78] Con particolare riguardo ai problemi della responsabilità civile, BOHLEN, *Fifty years of torts*, cit., p. 725 ss.; SWOBODA, *Die neue Gestaltung*, cit., p. 122; KUNSTLER, *The law of accidents*, cit., p. 7; VALSECCHI, *Responsabilità aquiliana oggettiva e caso fortuito*, cit., p. 153; POUND, *Comparative law in space and time*, in *Am. journ. comp. law*, 1955, p. 70 ss., 78 s.; SAVATIER, *Destin du code civil français*, in *Rev. int. droit comp.*, 1954, p. 637 ss., 648 s.; FRIEDMANN, *Principles of tort liability*, cit., p. 25; MILLNER, *The retreat of trespass*, cit., p. 23; v. CAEMMERER, *La responsabilité du fait des choses inanimées et le risque atomique*, cit., p. 582; ISON, *The forensic lottery*, cit., p. 2; DEUTSCH, *Grundmechanismen*, cit., p. 712; GSCHNITZER, *Schuldrecht*, cit., p. 146; DREES, in ERMAN, *Handkommentar*, cit., p. 1685.

[79] LAURENT, *Principii*, XX, cit., p. 376; PACCHIONI, *Delitti e quasi-delitti*, cit., p. 166; CASETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, cit., p. 7 s.; POUND, *The role of the will in the law*, in *Harv. law rev.*, 1954-55, p. 1 ss., 18; PROSSER, *Recent developments in the law of negligence*, in *Arkansas law rev.*, 1955, p. 81 ss.; CAPITANT, *Préface* a Mazeaud-Tunc, Traité, cit., p. XI; H. e L. MAZEAUD e TUNC, *Traité*, I, cit., p. 10 ss.; P. BARCELLONA, *Gli istituti fondamentali*, cit., p. 304; HARPER e JAMES, *The law of torts*, cit., II, pp. 750-752; RESTA, *Mutamenti sociali e riflessione giuridica*, cit., p. 487; FASSÒ, *Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, p. 900.

base della sola clausola di responsabilità [80], e che era anzi portata istintivamente ad accogliere, considerando le ragioni del caso concreto [81].

Né i problemi si esaurivano sul piano puramente quantitativo. Molti dei pregiudizi che venivano portati innanzi ai tribunali — ottenendone un corrispondente ristoro — mettevano in gioco lo stesso sistema di valori su cui si reggeva la cultura giuridica del tempo, oppure urtavano contro le esigenze del nascente apparato economico. All'origine di alcuni di essi, ad esempio, non sempre era possibile rinvenire una negligenza o imprudenza dell'agente [82]: ammetterne *tout court* la risarcibilità, senz'altra giustificazione che quella del legame oggettivo tra il fatto e il danno, poteva condurre allora a frapporre ostacoli eccessivi alla libera iniziativa [83], significando nel contempo abbandono del presupposto illuminista secondo il quale soltanto la volontà dell'uomo poteva esser fonte di obbligazioni giuri-

[80] PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, *Traité de droit civil*, II, cit., p. 324; MICHAELIS, *Beiträge zur Gliederung und Weiterbildung des Schadensrechts*, cit., p. 71; ROTHER, *Haftungsbeschränkung*, cit., p. 79.

[81] MARKOVITCH, *La théorie de l'abus des droits*, cit., p. 8; RIPERT, *La règle morale*, cit., p. 200; F. RANIERI, *Norma scritta e prassi giudiziale*, cit., p. 1218. Per un bilancio dell'esperienza francese, specie con riferimento alla responsabilità oggettiva, STARCK, *Essai*, cit., p. 16. Assai felice la ricostruzione di SACCO, *L'ingiustizia*, cit., c. 1429. Da ultimo SELMER, *Personal injury law in the nordic countries*, in *Am. journ. of comp. law*, 1970, pp. 54-55.

[82] J. HALL, *Interrelations of criminal law and torts*, cit., p. 987; P. ESMEIN, in AUBRY e RAU, *Droit civil français*, VI, cit., p. 397; v. BÜREN, *Schweizerisches Obligationenrecht*, cit., p. 239; ROUTAMO, *Traffic accident*, cit., p. 151.

[83] Così, ad esempio, MARTEAU, *De la notion de la causalité*, cit., p. 155; DEMOGUE, *Traité des obligations*, 1, III, cit., p. 465; HÉMARD, *Droit civil*, II, cit., p. 123; DE HARVEN, *Mouvements généraux*, cit., p. 273.

Sulla questione, si vedano i rilievi di SEAVEY, *Principles of tort*, cit., p. 73; HARPER e JAMES, *The law of torts*, II, cit., p. 757 ss.; v. CAEMMERER, *La responsabilité du fait des choses inanimées*, cit., p. 584; ID., *Die absoluten Rechte in § 823 Abs. 1 BGB*, cit., p. 573; PROSSER, *op. cit.*, p. 332; ISON, *The forensic lottery*, cit., p. 3; FLEMING, *The role of negligence in modern tort law*, in *Virg. law journ.*, 1967, p. 816; ESSER, *Grundlagen*, cit., p. 54 ss.; Alb. EHRENZWEIG jr., *Ersatzrecht-Versicherung*, in *Festschrift A. Ehrenzweig*, Karlsruhe, 1955, p. 8; FLETCHER, *Fairness and utility*, cit., p. 557; RÖHL, *Zur Abgrenzung*, cit., p. 522. Con maggior asprezza — in riferimento alla richiesta di prova della colpa da parte dell'attore — GÖRNER, nel volume *Schuldrecht. Besonderer Teil*, cit., p. 500 ss. (« Bei den unerlaubten Handlungen waren in breitem Umfang die Werktätigen die Geschädigten und Kapitalisten die Schädigenden; deren Ersatzpflicht sollte auch auf diese Weise eingeschränkt bleiben »); da noi, ZICCARDI, *L'induzione*, cit., p. 195.

diche[84]. Talora, invece, il danno mostrava di essere stato cagionato da un soggetto nel quadro dell'esercizio di un diritto[85], e qui l'introduzione di un obbligo risarcitorio correva il rischio di indebolire quella signoria individuale all'interno della quale ciascuno doveva potersi sentire immune da sindacati anche solo di tipo morale o psicologico[86]. In altri casi era un semplice interesse della vittima ad apparire colpito, non una situazione direttamente protetta dalla legge, e anche stavolta la mancanza di un efficace sbarramento iniziale rischiava di trascinare l'istituto aquiliano ad uno studio di ipertrofia irragionevole[87].

Come si vede, molte furono le sollecitazioni, le direttrici di ampliamento, e diversi i riferimenti ideologici che volta a volta venivano a proporsi: troppo diversi, forse, per non far sembrare a prima vista ingenua la pretesa di confondere insieme tutti questi dati, al fine di riuscire a spiegarli unitariamente, sotto l'unico profilo della

---

[84] Si vedano C. A. FUNAIOLI, *I rapporti di fatto in materia contrattuale,* in *Ann. univ. Ferrara,* 1952, pp. 102-106; POUND, *The role of the will in the law,* cit., p. 17; ID., *An introduction to the philosophy of law,* New Haven, 1954, p. 79; LEFLAR, *Negligence in name only,* in N.Y.U.L.R., 1952, p. 564 ss.; FRIEDMANN, *Principles,* cit., p. 26; JØRGENSEN, *Towards strict liability in tort,* in *Scand. stud. in law,* 1963, p. 25 ss., 34 s.; BETTI, *Teoria generale,* III, cit., pp. 42-51; TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva,* cit., p. 10; BARCELLONA, *Gli istituti fondamentali,* cit., p. 294; ID., *Diritto privato e processo economico,* cit., p. 325; KÖTZ, *Haftung für besondere Gefahr,* cit., p. 3; Eike SCHMIDT, *Grundlagen des Haftungs- und Schadensrechts,* cit., p. 480; ALPA, *op. cit.,* p. 314.

[85] Richiami di giurisprudenza favorevole alla responsabilità in M. ROTONDI, *L'abuso del diritto,* cit., pp. 294-295.

[86] In tal senso, ad esempio, HUC, *Commentaire,* VIII, cit., p. 536; VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dei contratti,* cit., p. 141 (« Così si ammette l'intervento del giudice nell'esaminare la motivazione interna anche di un atto legittimo! »); SCIALOJA, *Aemulatio,* cit., p. 451; ORMSBY, *Malice in the law of torts,* in *Law quart. rev.,* 1892, p. 140; ATZERI-VACCA, *Sulla dottrina degli atti di emulazione,* cit., p. 59 ss.; BARTIN, in AUBRY e RAU, *Cours de droit civil français,* VI, cit., p. 341; PLANIOL, *Traité élémentaire,* II, cit., p. 285; GUTTERIDGE, *Abuse of rights,* in *Cambr. law journ.,* 1933, p. 22 ss., 26; O' SULLIVAN, *Abuse of rights,* cit., pp. 66-68.

Sul punto, recentemente, anche NATOLI, *Note preliminari,* cit., p. 32, ove altri richiami di dottrina. E si veda RESCIGNO, *L'abuso del diritto,* cit., pp. 215-216.

[87] H. MAZEAUD, *La lesion d'un « intérêt légitime juridiquement protégé » condition de la responsabilité civile,* in *Dalloz,* 1954, *Chron.,* p. 39 ss., al quale si richiama anche FORCHIELLI, *Lesione dell'interesse, violazione del diritto, risarcimento,* cit., p. 349.

contemporanea offensiva che essi realizzavano nei confronti delle antiche linee della materia. In verità, non si vuol qui sminuire l'importanza di questi elementi di diversità, che fecero di ciascuno di quegli episodi una storia a parte, distinta sostanzialmente dalle altre: quel che a noi preme sottolineare — e che non deve essere difficile riconoscere — è però la comune preoccupazione che essi vennero a destare nella dottrina, il timore cioè che la responsabilità civile finisse per disperdersi nei mille rivoli delle occasioni e delle improvvisate ragioni equitative, esposta all'ingegno degli avvocati e al capriccio degli interpreti, senza più garanzia di sicurezza per i membri della collettività. Timore che poteva vincersi completamente solo attraverso l'erezione di uno schema unitario di illecito, astratto quanto imponeva la necessaria fedeltà alla scelta del legislatore, e tuttavia capace di fondere una somma di stimoli contrapposti in un risultato sufficientemente ricco di dettagli: ciò che fu appunto ottenuto convertendo la formula generale secondo cui *qualunque danno* doveva essere riparato, e la cui ampiezza era stato l'orgoglio dei redattori del *code Napoléon*[88], nell'altra per cui risarcibile era solo il pregiudizio arrecato con colpa, identificantesi nella violazione di una norma[89] o nella lesione di un

---

[88] DELYANNIS, *La notion d'acte illicite,* cit., p. 4 ss.; ma già SOURDAT, *Traité,* I, cit., p. 2.

[89] Il limite dell'illiceità è già presente in TOULLIER, *Le droit civil français,* XI, cit., p. 93 ss. e PROUDHON, *Usufrutto,* II, cit., p. 11. Così anche DALLOZ, *Répertoire méthodique et alphabétique,* cit., p. 299, n. 25; SOURDAT, *Traité,* I, cit., p. 417; DURANTON, *Cours de droit français,* VII, cit., p. 504. E poi ZACHARIAE-CROME, *Manuale,* II, cit., p. 750; DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon,* XXXI, cit., § 464, p. 398; BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, *op. cit.,* § 2854, p. 556.

Si vedano inoltre AUBRY e RAU, *Cours de droit civil français,* IV, cit., p. 745, che pongono quale ulteriore condizione per l'esistenza del *délit civil* la lesione dell'altrui diritto (subito dopo i due elementi vengono però fusi e presentati come requisito unitario della figura in questione). In seguito, PLANIOL, *Traité élémentaire,* II, cit., p. 260, convinto assertore (p. 275) della superiorità tecnica del § 823 BGB — proprio per la menzione espressa della *Recktswidrigkeit* — rispetto alla formula del codice francese. Da noi, analogamente, G. ROTONDI, *Dalla « lex Aquilia »,* cit., 1917, p. 286.

In generale, ancora BORSARI, *Commentario,* III, 2, cit., p. 334; HUDELOT-METMAN, *Des obligations,* cit., p. 201; BRUNETTI, *Il delitto civile,* cit., pp. 215-216 (« L'art. 1382 del Codice civile francese — 1151 Cod. it. —, parlando del fatto dell'uomo che produce danno e che fa sorgere l'obbligazione di risarcimento, si riferisce al fatto *antigiuridico.* Ma come si farà a sapere se un determinato fatto è antigiuridico o no? Non ci potremo limitare a con-

diritto assoluto [90], materialmente legato al fatto dell'agente [91], e posto in essere al di fuori dell'esercizio di una causa di giustificazione [92].

Quante fossero le combinazioni che restavano escluse da una proposizione del genere, è agevole intendere [93]; e se è pur vero, ripetiamo, che le varie precisazioni non furono offerte in maniera organica, con una presa di coscienza dei problemi nel loro insieme, ma ebbero luogo in vicende separate l'una dall'altra, è altresì vero che comune fu ancora una volta il metodo cui ci si attenne per stabilire quei vari requisiti: esaltandosi cioè il dato letterale, là dove possi-

frontare il fatto coll'art. 1382, perché questo *presuppone* la qualità di *antigiuridico*. Bisognerà confrontarlo col complesso della legislazione, e dichiararlo antigiuridico se urta contro una norma giuridica esplicitamente o implicitamente contenuta in qualche disposizione di legge »); GIORGI, *Obbligazioni,* V, cit., p. 215; CHIRONI, *Colpa extracontrattuale,* I, cit., p. 50; CESAREO CONSOLO, *Risarcimento del danno,* cit., p. 9; CHARMONT, *Les transformations,* cit., p. 236; MINOZZI, *Studio sul danno non patrimoniale,* cit., pp. 178-179; BUFNOIR, *Propriété et contrat,* cit., p. 802; AGATSTEIN, *Le dol des incapables,* cit., p. 106; DEMOGUE, *Traité des obligations,* 1, III, cit., p. 368.

[90] Richiami *infra,* Cap. X, nota 58. Sulla derivazione di questo limite dalle convinzioni prevalenti in materia di proprietà, RODOTÀ, *Il problema,* cit., p. 190; si vedano pure HEDEMANN, *Schuldrecht,* cit., p. 346; SCOGNAMIGLIO, voce « *Risarcimento del danno* », cit., p. 10; ID., *Appunti sulla nozione di danno,* cit., p. 480. Sottolinea i nessi tra principio di legalità anche nella responsabilità civile, e i motivi libertari della Rivoluzione francese, M. BARCELLONA, « *Scopo della norma violata* », cit., p. 356. In generale, P. BARCELLONA, *Gli istituti fondamentali,* cit., p. 294; ID., *Diritto privato e processo economico,* cit., p. 324. Per il § 823 BGB, in particolare, BLEY, *Schadensersatz im Zivilrecht,* cit., p. 25 ss.; GÖRNER, *op. ult. cit.,* p. 500; oppure ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil,* 2, cit., pp. 1271-1272. E cfr. SACCO, *L'ingiustizia,* cit., c. 1423 ss.

[91] Sul rapporto di simmetria fra i due *test* della prevedibilità (per la colpa) e dell'immediatezza (per la causalità), FLETCHER, *Fairness and utility,* cit., p. 571, nota 126.

[92] ZACHARIE, *Cours de droit civil français,* II, cit., p. 92; SOURDAT, *Traité,* I, cit., p. 420; MARCADÉ, *Explication,* V, cit., p. 274; DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon,* XXXI, cit., p. 572 ss.; LAURENT, *Principii,* XX, cit., § 401, p. 318. In seguito ZACHARIAE-CROME, *Manuale,* II, cit., p. 758; HUC, *Commentaire,* VIII, cit., p. 538; ASCOLI, *Istituzioni,* cit., p. 184; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Cours élémentaire,* cit., p. 204.

Su questo punto, v. i cenni esplicativi di MARKOVITCH, *La théorie de l'abus des droits,* cit., p. 141; e, in generale, RODOTÀ, *Il problema,* cit., p. 86. Da ultimi, TUCCI, *Responsabilità civile e danni ingiusti,* cit., p. 423; M. BARCELLONA, « *Scopo della norma violata* », cit., p. 355 ss.; ESSER, *Schuldrecht,* II, cit., p. 393.

[93] In generale, TRIMARCHI, *Illecito,* cit., p. 92.

bile, e finendo così spesso per scordare o per forzare [94] il senso stesso della presenza di una norma come la clausola generale, oppure obbedendo a suggestioni morali e filosofiche, ad istanze di tipo costruttivo [95], non escluso il desiderio di adeguare il grado di perfezione di questa materia a quello già raggiunto in altre parti del diritto civile, prima fra tutte il contratto [96], e non mai prendendo spunto dalle mol-

[94] La forzatura è evidente in chi, ad esempio, scriveva: « L'articolo deve essere letto intieramente. Esso parla di fatto dell'uomo, *che arreca danno ad altri* (« qui cause à autrui dommage »); e solamente un fatto *antigiuridico* può produrre *danno* in senso tecnico. Perciò il fatto umano non può desumere il carattere di *antigiuridico* dall'art. 1382: questo, precisamente come il corrispondente art. 50 del Codice svizzero delle obbligazioni, che contiene esplicito l'avverbio « widerrechtlich », *presuppone* il fatto *antigiuridico,* ossia il fatto contrario ad una norma giuridica, e statuisce circa l'obbligazione al risarcimento » (BRUNETTI, *op. cit.,* p. 216). Essa non era neppur sempre inconsapevole, dal momento che chi scriveva: « L'expression ' tout fait quelconque ' pour qualifier la faute est beaucoup trop vague; celle-ci n'est pas, à beaucoup près, un fait *quelconque,* mais bien un fait parfaitement déterminé par son caractère *illégitime* », concludeva riconoscendo poi francamente che « cette idée capitale ne figure même pas dans le texte français » (PLANIOL, *Traité élémentaire,* II, cit., p. 275).

Va notato che coloro i quali offrivano interpretazioni così restrittive dell'art. 1151 non arrivavano però affatto a condividere soluzioni come quelle accolte nel § 826 BGB: si osservava, infatti, che « non è vero pertanto che l'art. 1382 lasci, in generale, all'arbitrio del giudice il decidere quando il fatto sia antigiuridico; non è vero, in particolare, che autorizzi a dichiarare antigiuridico qualunque fatto immorale lesivo dell'interesse altrui » (BRUNETTI, *op. cit.,* p. 216). Una soltanto era cioè la posizione nella cui lesione si voleva ravvisare l'elemento oggettivo del fatto rilevante ai fini della responsabilità: naturale poi che, discorrendo del ruolo da attribuire all'intenzione di nuocere, si finisse allora per concludere che « ce n'est pas d'elle que dépend le caractère licite ou illicite de l'acte » (PLANIOL, *op. cit.,* p. 282; o, ancora, BRUNETTI, *op. cit.,* p. 215, nota 4); così come, una volta ammesso che l'antigiuridicità fosse automaticamente esclusa dalla presenza di una causa di giustificazione, non era facile e forse neppur possibile, per chi almeno scomponeva rigidamente le singole componenti dell'illecito (*retro,* Cap. VI, n. 7), riconoscere che la soluzione potesse poi variare in funzione del tipo di colpevolezza dell'agente.

[95] Si veda anche RODOTÀ, *Il problema,* cit., p. 69, il quale rimarca come la « costante preoccupazione di elaborare costruzioni in cui nessun elemento di contraddittorietà entra tra i vari criteri di responsabilità civile » abbia comportato « la riduzione del fondamento della responsabilità alla colpa » (lo spunto è poi approfondito a pp. 166-167).

[96] Dove appariva collaudata la capacità della strumentazione giuridica di fissare i termini di una figura generale, e di scomporla poi in elementi ciascuno dei quali poteva essere letto e fissato per suo conto. Non fu inoltre secondario

teplici possibilità di responsabilizzazione [97]; giacché proprio a consentire la selezione di queste ultime — o ad arginare quantomeno la crescita di quelle meno convenzionali — era destinato il modello che si assumeva.

Di qui appunto l'affermarsi, anche sul terreno della responsabilità per dolo e del suo rapporto con il principio della colpa, del più semplice tra gli esiti possibili, e cioè quello dell'eccezione e della regola: di qui l'assegnazione al principio dell'equivalenza del carattere di verità assoluta, e il confinamento degli illeciti di dolo nel rango delle mere anomalie. Non era questo, certamente, il profilo che aveva acceso o che potesse destare le preoccupazioni maggiori nella dottrina: considerata l'esiguità numerica delle ipotesi controllate da quel criterio, e la loro minor frequenza rispetto ad altri casi; e tenuto anche conto della scarsezza di concessioni che, dal punto di vista ideologico, implicava un loro aperto riconoscimento. È vero però che su un piano tecnico-formale — e qui forse più di ogni altro mezzo — lo strumento di una ritrovata *actio doli* appariva in grado di incrinare, se non imbrigliato in partenza, la saldezza di qualunque schema di massima. In ogni caso, quelle spinte difensive e architettoniche erano ormai troppo forti per non coinvolgere anche ciò che meno del resto aveva contribuito a suscitarle.

---

il desiderio di estendere anche al campo dell'illecito quelle tecniche e risorse dello spirito analitico, che la Pandettistica aveva fatto valere ben poco al di là della forma del negozio.

[97] Cfr. P. HUGUENEY, *Responsabilité civile du tiers complice,* cit., pp. 10-11.

PARTE QUARTA